Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste?

(nach Pandektenrecht.)

Inaugural-Dissertation

der Juristenfakultät zu Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Haeselich

aus Wernigerode am Harz.

MAGDEBURG.
Druck von Friese & Fuhrmann.
1898.

Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste?

(nach Pandektenrecht.)

Inaugural-Dissertation

der Juristenfakultät zu Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Haeselich

aus Wernigerode am Harz.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MAGDEBURG.
Druck von Friese & Fuhrmann.
1898.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552726_0029

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom

Verfasser.

Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste?

Inhalt.

§ 1.
Einleitung. Begriff der Verträge über zu leistende Dienste.

I. Abschnitt.

Stellung der Verträge über zu leistende Dienste im Kontraktsystem und die typischen Formen derselben.

§ 2.

a) Im römischen Recht:
1. locatio conductio operarum,
2. unbenannte Dienstverträge
aa) über operae liberales,
bb) über mandatsähnliche Dienste,
cc) bei welchen ein anderes Aequivalent als Geld gewährt wird.

§ 3.

b) Im gemeinen Recht:
1. Dienstmiete,
2. unbenannte Dienstverträge.

§ 4.

c) Im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch.

II. Abschnitt.

Die Gefahrfrage.

A. Die Gefahrtragung bei der locatio conductio operarum und den unbenannten Dienstverträgen im römischen und gemeinen Recht.

a) Das Prinzip.

1. Das periculum des conductor.

§ 5.

aa) Die in der Litteratur vertretenen Ansichten.

§ 6.

bb) Quelleninterpretation.

§ 7.

2. Das periculum des locator.

§ 8.

b) Die Anwendung des Prinzips im heutigen gemeinen Recht.

§ 9.

B. Die Gefahrtragung beim Dienstvertrage des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 1.

Begriff der Verträge über zu leistende Dienste.

Die Worte Dienst, Dienstleistung, haben im heutigen Sprachgebrauch einen sehr weiten Umfang; jede Thätigkeit zu Gunsten eines dritten, jede solchem erwiesene Gefälligkeit wird als ein ihm geleisteter Dienst bezeichnet.

Dienst im engeren, eigentlichen Sinn, wie er dieser Arbeit zu Grunde gelegt werden soll, nennt man dagegen **die Entwickelung einer Thätigkeit in fremdem Interesse gegen Entgelt.**

„Verträge über zu leistende Dienste" sind demnach Verträge, bei welchen der eine Kontrahent im Interesse des anderen Kontrahenten in einer bestimmten Beziehung thätig zu werden und seine Arbeitskraft zu nutzen verspricht, während der letztere sich verpflichtet, ersterem für diese Thätigkeit einen entsprechenden Entgelt zu zahlen.

Solche Verträge haben heutzutage, wo viele darauf angewiesen sind, einen bestimmten Beruf auszuüben, um daraus Erwerb zu ziehen, also gegen Entgelt thätig werden, eine grosse wirtschaftliche Bedeutung und einen sehr mannigfachen Inhalt, denn sie umfassen sowohl die Thätigkeit der Tagelöhner, Dienstboten, Fabrikarbeiter, Gesellen, Schiffer, Handlungsgehilfen, wie auch der Privatbeamten, Wirtschaftsinspektoren, der Direktoren grosser Betriebe, Schauspieler, Künstler, der Privatlehrer, Aerzte, Rechtsanwälte, Geistlichen etc. Um deshalb die Frage des Themas

verstehen und beantworten zu können, wird es zunächst nötig sein, zu **untersuchen**, welche Stellung diese Verträge im Kontraktsystem einnehmen, und welche typischen Formen sich dafür gebildet haben.

Da nun die Verträge über zu leistende Dienste Ursprung und Grundlage im römischen Recht haben, so ist unsere Untersuchung zunächst für dieses vorzunehmen, und dann erst auf das heutige gemeine Recht einzugehen.

Interessant und für die Zukunft von Wichtigkeit ist ferner auch die Art der Behandlung, welche das neue Bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 diesen Verträgen hat zu Teil werden lassen, auch hierauf ist deshalb unsere Untersuchung auszudehnen.

I. Abschnitt.

Stellung der Verträge über zu leistende Dienste im Kontraktsystem und die typischen Formen derselben.

§ 2.

a) Im römischen Recht.

Dienste in dem oben angegebenen Sinne finden im römischen Recht nur auf Grund eines Mietvertrages, locatio conductio, oder auf Grund von unbenannten Dienstverträgen statt, nicht aber auf Grund eines Mandates. Letzteres hat, da es eine auf Geschäftsbesorgung gerichtete Stellvertretung begreift, ebenfalls **Entwickelung einer Thätigkeit in fremdem Interesse** zum Inhalt, jedoch ist

seine Ausführung kein Dienst, da es unentgeltlich übernommen ist und auf persönlichen Beziehungen und persönlichem Vertauen der Kontrahenten beruht. l. 1. § 4. D. 17, 1 setzt ausdrücklich die Unentgeltlichkeit des Mandates fest, es beruht auf officium und amicitia und verträgt seiner Natur nach kein Entgelt, keine merces, es ist deshalb kein Dienst in unserem Sinne, sondern ein beneficium, eine Wohlthat.

Zwar kommt es vor, dass Mandatare um ihrer Thätigkeit willen „remuneriert" oder „honoriert" werden, ja dass ein Honorar von vornherein ausbedungen ist (l. 7. cit. — salarium constitutum — l. 1. Cod. mandati 4, 35 — de salario, quod promisit —): allein solche Remunerationen oder Honorare sind kein dem Tauschwerte dieser Thätigkeit entsprechender Entgelt, Lohn, (merces), sondern eine sich nicht auf Worte beschränkende Dank- oder Ehrenerweisung für die Wohlthat einer Leistung, deren Wert in Geld nicht abgeschätzt zu werden pflegt. Demgemäss würde dieses Honorar auch erst unter den Kaisern und nur extraordinaria actione klagbar.[1])

Ebensowenig dürfte das depositum unter die Verträge über zu leistende Dienste zu rechnen sein, da es einerseits unentgeltlich ist, und andererseits die Aufbewahrung durch den Depositar wohl kaum als Entwickelung einer Thätigkeit, Nutzung einer Arbeitskraft, aufgefasst werden kann.

Auch die tutela und cura, sowie die negotiorum gestio können hier nicht in Betracht kommen, da bei ihnen gleichfalls das Entgeltsmotiv entfällt, und sie ausserdem nicht einmal Verträge sind.

---

[1]) Brinz II § 334. S. 772.

I. Wenden wir uns nun zur locatio conductio, so ist zunächst zu erwähnen, dass dieser Konsensualkontrakt drei wirtschaftlichen Verhältnissen dient, die sich nicht leicht vereinigen lassen. Es sind dies die l. c. rei, Gebrauchsüberlassung einer Sache — l. c. operarum, Leistung gewisser Dienste — l. c. operis, Vollführung eines Unternehmens mit einem bestimmten Erfolg — gegen einen in Geld festgesetzten Entgelt, die merces.

Die l. c. rei — wohl die älteste Art der Miete, liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit. Aber auch die l. c. operis, die Werkverdingung, dürfte hier auszuschliessen sein. Sie umfasst die Vollführung eines Unternehmens an einer dem Unternehmer hingegebenen Sache, ein opus als Ganzes, ein ἀποτέλεσμα (l. 5. D. de V. S. 50. 16) soll geschaffen werden; nicht auf die Thätigkeit, die Arbeit — diese an sich ist für den Besteller des opus ohne Wert —, sondern auf das Resultat, das Erzeugnis derselben, kommt es an, es wird, wie Dernburg[1]) treffend sagt, ein ökonomischer Effekt bezweckt. Der Unternehmer ist hier nicht für seine Thätigkeit, sondern nur für den Erfolg derselben verantwortlich. Es ist deshalb meist auch gleichgültig, ob er die Arbeit selbst ausführt, selbst thätig wird, oder ob er dieselbe durch andere ausführen lässt, er verspricht eben wie Dernburg[2]) bemerkt, ein Arbeitsprodukt, nicht aber notwendig seine Arbeit.

Da hier nun die Thätigkeit des Unternehmers eine so nebensächliche Bedeutung hat, so kann sie wohl auch nicht als Dienst in unserem Sinne betrachtet werden, und

[1]) Pand. II § 113.

[2]) cit. Anm. 11.

dürfte sich somit die oben vorgeschlagene Eliminierung der l. c. operis vollauf rechtfertigen.

Aus dem ganzen System der benannten Kontrakte bleibt also für unsere Untersuchung allein die l. c. operarum, Dienstmiete, übrig, und auch deren Inhalt ist, wie wir unten sehen werden, nur ein beschränkter.

Betrachten wir nun diesen Vertrag als solchen, so ist zu bemerken, dass derselbe durch einfachen Konsens zu Stande kommt, der Mietvertrag also abgeschlossen ist, sobald die Parteien über die zu leistenden Dienste nach Art und Zeit sowie über das Mietgeld einig geworden sind. Der Vermieter der Dienste, der locator, ist alsdann verbunden, die versprochenen Dienste gehörig und für die ausgemachte Zeit (l. 22. C. 4, 65) zu leisten und der Mieter, der conductor, hat für dieselben den kontraktmässigen Preis zu zahlen.

Aber nicht jede Dienstleistung kann zum Gegenstande der l. c. operarum gemacht werden; schon oben wurde hervorgehoben, dass nur „gewisse“ Dienste vermietet werden können, es ist deshalb jetzt zu erläutern, welcher Art diese Dienste sind.

Wie überhaupt die l. c. operarum, welche in Rom wenig Bedeutung hatte, in den Quellen recht nebensächlich behandelt ist — in dem ganzen Digestentitel locati conducti wird sie nur zweimal erwähnt — so sind auch die Angaben über ihren Inhalt nur sehr dürftig. Die Quellen sprechen nur von operae, operae locari solitae, opera mercennaria, factum quod locari solet, d. h. Diensten, welche nach herkömmlichen Begriffen für ein Mietgeld geleistet zu werden pflegen,[1]) bei denen man gewöhnlich

[1]) Mühlenbruch II § 408. S. 429.

von Mieten spricht,[1]) was jedoch speziell damit gemeint ist, wird in den Quellen nicht besonders erwähnt, sondern als bekannt vorausgesetzt.

Die herrschende Lehre hat nun unter diesen operae stets erlaubte Dienste niederer physischer Art verstanden, welche um des Lohnes, Erwerbes willen übernommen werden, nämlich Arbeiten, welche unter der Herrschaft und nach Anordnung des Arbeitgebers zu verrichten sind, bei denen der Leistende sich also in einem dienenden Verhältnis zum Empfänger befindet,[2]) und wobei es hauptsächlich auf mechanische Arbeit und physische Mühewaltung ankommt.[3]) Dass mit dieser Auffassung das Richtige getroffen ist, dürfte aus dem Charakter und der Anschauungsweise der Römer, sowie aus der historischen Entwickelung der l. c. operarum, soweit wir dieselbe verfolgen können, unschwer nachzuweisen sein.

Wie alle Völker, verstanden wohl auch die Römer unter Arbeit ursprünglich nur körperliche, physische Arbeit, weil ihnen hier die Mühe und Anstrengung sofort in die Augen fiel, und sie den Erfolg, das Product der Arbeit, sinnlich wahrnehmen konnten. Nur solche schien ihnen deshalb eines Preises wert und hatte Anspruch auf Lohn. Geistige Arbeit dagegen galt nicht als Arbeit, man sah sie nicht, man erkannte keinen einer Anstrengung entstammten Erfolg und konnte sie auch nicht kontrollieren, deshalb erschien hier die Gewährung eines Lohnes unmöglich. Aber auch als man später den Wert der geistigen Arbeit erkannte und dieselbe sogar höher als die körperliche

[1]) Wächter II § 209. S. 478.

[2]) Brinz II § 332. S. 762. Dernburg II § 112. S. 301. Puntschart S. 387.

[3]) Sintenis II § 118. B. a. S. 674.

Arbeit schätzen lernte, blieb hinsichtlich der Entgeltlichkeit die alte Auffassung massgebend, ja dieselbe spitzte sich zu solcher Schärfe zu, dass es sogar für unanständig galt, sich geistige Arbeit bezahlen zu lassen.[1]) Hierfür ist vor allem das ausgeprägte Freiheitsgefühl der herrschenden Klassen in Rom von Einfluss gewesen, denen eine entgeltliche Thätigkeit geradezu als eine Herabsetzung der freien Persönlichkeit erschien. Von jeher hatten nur untergeordnete Leute, Freigelassene, Fremde, capite censi, überhaupt solche, welche kein Vermögen besassen, und welche die Not dazu zwang, gegen Entgelt für andere gearbeitet, und diese erkannte der wohlhabende Römer, der unabhängig dastand und nur für sich selbst arbeitete, nicht als gleichberechtigt an, denn wer gegen Geldlohn seine Arbeitskraft einem dritten zur Verfügung stellt, muss seine Thätigkeit nach dessen Anordnung und Befehl einrichten, er muss das Geld abarbeiten und wird von dem Geldgeber und dessen Launen abhängig. Er rückt also gleichsam in die Stellung eines Sklaven ein und wird gleich einem solchen geringgeschätzt und verachtet; so **Cicero** de off. I. 42 merces auctoramentum servitutis, opifices omnes in sordida arte versantur; nec vero quidquam ingenium potest habere officina; ferner **Seneca** nach Chrysippus de beneficiis III. 22: servus perpetuus mercennarius est, auch **Macrobius** saturn. I, 11 nulla . . . servitus turpior quam voluntaria.[2])

Diese stolze Moral, die zunächst nur für die körperliche Arbeit und auch nur in den herrschenden Klassen Geltung hatte, wurde in schärfster Form für diejenige

[1]) cf. die Ausführungen bei Ihering, Zweck im Recht I S. 112 ff.

[2]) Löwenfeld S. 371. Ihering S. 114. Pernice in Z. d. Sav. Stift. IX S. 243.

Thätigkeit ausgebildet, welche die Mitglieder dieser Klassen als spezifisch für sich in Anspruch nahmen, nämlich die vorwiegend geistige und die wissenschaftliche Thätigkeit. Hierzu gehört vor allem der Anteil am Staatsregiment und die damit zusammenhängende Jurisprudenz und Agrimensur. Wurden letztere beiden zunächst nur praktisch ausgeübt, so erwachte bald der Wunsch, sich auch theoretisch mit denselben zu beschäftigen, und als der Geist durch solche Thätigkeit einmal geschult worden, zog er allmählich auch alle aus der griechischen Kulturwelt entstammenden wissenschaftlichen Disziplinen in seinen Bereich. Dieser Thätigkeit konnten sich selbstverständlich nur die wohlhabenden Kreise hingeben, welche, der Sorge für ihren Lebensunterhalt enthoben, in stolzer Unabhängigkeit sich ihre Beschäftigung oder ihren Beruf nach eigenem Willen wählen konnten. Diese wollten ihre freie Selbstbestimmung natürlich nicht aufgeben und hielten es ihrer für unwürdig, durch irgend welche Lohnforderung sich abhängig von dritten zu machen; wenn sie dagegen nach eigenem Gutdünken, ohne Entgelt zu beanspruchen, anderen mit ihren Kenntnissen und Wissen freiwillig halfen, so vergaben sie dadurch ihrer freien Persönlichkeit nichts, sie handelten aus Gefälligkeit, aus Wohlwollen, aus denen sich derjenige, welchem geholfen wird, verpflichtet fühlen muss.

Aber noch ein anderes Motiv liegt der alleinigen Entgeltsfähigkeit der körperlichen Thätigkeit zu Grunde: Körperliche Arbeit kann auch ein Tier oder Sklave leisten, bei welchen sich dieselbe als etwas den Früchten Gleiches, also etwas Sachenartiges darstellt.[1]) Demgemäss ist solche

[1]) cf. l. 4. D. 7, 7. fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt.

seine Ausführung kein Dienst, da es unentgeltlich übernommen ist und auf persönlichen Beziehungen und persönlichem Vertauen der Kontrahenten beruht. l. 1. § 4. D. 17, 1 setzt ausdrücklich die Unentgeltlichkeit des Mandates fest, es beruht auf officium und amicitia und verträgt seiner Natur nach kein Entgelt, keine merces, es ist deshalb kein Dienst in unserem Sinne, sondern ein beneficium, eine Wohlthat.

Zwar kommt es vor, dass Mandatare um ihrer Thätigkeit willen „remuneriert" oder „honoriert" werden, ja dass ein Honorar von vornherein ausbedungen ist (l. 7. cit. — salarium constitutum — l. 1. Cod. mandati 4, 35 — de salario, quod promisit —): allein solche Remunerationen oder Honorare sind kein dem Tauschwerte dieser Thätigkeit entsprechender Entgelt, Lohn, (merces), sondern eine sich nicht auf Worte beschränkende Dank- oder Ehrenerweisung für die Wohlthat einer Leistung, deren Wert in Geld nicht abgeschätzt zu werden pflegt. Demgemäss würde dieses Honorar auch erst unter den Kaisern und nur extraordinaria actione klagbar.[1])

Ebensowenig dürfte das depositum unter die Verträge über zu leistende Dienste zu rechnen sein, da es einerseits unentgeltlich ist, und andererseits die Aufbewahrung durch den Depositar wohl kaum als Entwickelung einer Thätigkeit, Nutzung einer Arbeitskraft, aufgefasst werden kann.

Auch die tutela und cura, sowie die negotiorum gestio können hier nicht in Betracht kommen, da bei ihnen gleichfalls das Entgeltsmotiv entfällt, und sie ausserdem nicht einmal Verträge sind.

---

[1]) Brinz II § 334. S. 772.

beabsichtigten Zweck — durch Arbeit Geld zu verdienen — würde entschieden nicht gewählt worden sein, wenn man die l. c. operarum gekannt hätte, denn dann hätte man einfach einen Mietvertrag geschlossen.[1])

Zwar gab es schon in der Königszeit freie Arbeiter, wie Zimmerleute, Schmiede, Schwertfeger pp., kurz solche Handwerker, welche erst eine bestimmte Lehrzeit durchmachen mussten, um ihren Beruf ausüben zu können. Diese ordneten sich je nach ihrem Gewerbe zu Korporationen, und Servius Tullius reihte sie auch in sein Klassensystem ein. Doch kam die freie Arbeit teils infolge der Geringschätzung körperlicher Thätigkeit, teils infolge der ungeheuren Sklavenmassen, welche die vielen glücklichen Kriege der Römer auf den Markt warfen, und welche zu jeglicher Arbeit herangezogen wurden, in Verruf, und den Korporationen, deren man nicht mehr benötigte, wurden derartige Fesseln angelegt, dass von freier Arbeit nicht gut mehr die Rede sein konnte. Sie wurden drückenden Reglements unterworfen, wer einmal in eine Korporation eingetreten war, konnte niemals wieder aus derselben austreten, und vor allem ward deren Mitgliedern auch das Bürgerrecht nicht im vollen Umfange gewährt, sodass sie sich schliesslich einen angesehenen, wohlhabenden Bürger zum Patron erwählen mussten. Einige Vorteile, wie Exemtion vom Militärdienste, konnten diese Nachteile nicht ausgleichen. Deshalb haben diese Korporationen niemals grosse Bedeutung gehabt und auch auf die Kontraktsbildung niemals eingewirkt.[2])

[1]) Pernice, Labeo I S. 169, ihm beistimmend Burckhardt, z. Gesch. d. l. c. S. 16.

[2]) Adnet, louage de services S. 2—4 und S. 40 ff. Armirail, le locatio conductio operarum S. 5 ff. Lubenoff, du louage de services en droit romain S. 44, 45.

Auch der Ursprung der l. c. operarum ist nicht auf sie zurückzuführen, letztere erscheint vielmehr unabhängig von ihnen erst kurz vor den Punischen Kriegen — Plautus erwähnt sie wohl zuerst — und ist mit grösster Wahrscheinlichkeit aus der l. c. rei, Sachmiete, und zwar den Sklavenvermietungen, hervorgegangen.

Wie man Zugvieh pp. vermietete, so wurden auch Sklaven um des Erwerbes willen von ihren Herren vermietet. Natürlich waren diese Sklaven während der Mietzeit von dem Mieter vollkommen abhängig, sie mussten ihre Arbeit unter Herrschaft und nach Anordnung des Mieters leisten, und da das ältere Rom eine vorwiegend Ackerbau treibende Gemeinde war, so werden diese Arbeiten hauptsächlich auf den landwirtschaftlichen Betrieb Bezug gehabt haben und somit auch physischer Natur gewesen sein.[1])

Wie hier nun Herren ihre Sklaven, so werden alsdann auch analog arme bedürftige Freie, um das zum Lebensunterhalt Nötige zu erwerben, sich selbst, d. h. ihre Arbeitskraft vermietet, und damit sich durch die Not gezwungen für die ausgemachte Dienstzeit auf eine Stufe mit den vermieteten Sklaven gestellt haben.[2]) Von Sachmiete konnte hier jedoch keine Rede mehr sein, es hatte sich vielmehr eine neue Art der Miete von dem ursprünglichen Kontrakt abgezweigt.

Da nun diesen Mietarbeitern naturgemäss eine höhere Bildung abging, so können ihre Dienste auch schon deshalb nur körperlicher physischer Art gewesen sein.

Hierfür sprechen auch die technischen Ausdrücke des l. c. operarum. Zunächst das Wort opera: Es bezeichnet

[1]) Siehe hierzu Cato, de re rustica.

[2]) Pernice, Labeo I S. 468.

von vornherein physische Mühewaltung mit einer zeitlichen Grenze, also das Tagewerk[1]) und deshalb wird derjenige, der sich solcher Mühewaltung unterzieht, mag er frei oder Sklave sein, operarius = **Tagelöhner** genannt. Einen übertragenen Sinn hat das Wort auch später nicht erhalten, namentlich ist der Begriff der geistigen Thätigkeit ihm stets fremd geblieben. Dem entspricht die Bedeutung der Worte conducere und locare. Beide Worte — ursprünglich nur von Sachen gebraucht — werden nur auf Arbeiten angewandt, welche einen Preis haben, also physische Arbeit, und bei welchen der Arbeiter sich in Abhängigkeit von dem Mieter begiebt. Conducere heisst hier **„holen"**, welche Bedeutung es schon ständig bei Plautus hat.[2]) Auf dem Markt oder anderen Plätzen, wo sie ihre Dienste für Geld an den Mann zu bringen suchen, holt man sich Köche, Musikanten, Possenreisser, Arbeiter pp. und nimmt sie mit sich nach Haus, gleich wie einen Ochsen oder einen Sklaven, damit sie dort die begehrten Dienste leisten.[3])

„Locare" ist nun die Voraussetzung des conducere, es heisst: **an einem Standpunkt öffentlich aufstellen, um auszubieten.**[4])

Oeffentlich ausgeboten werden können jedoch nur solche Dienste, welche einen Marktpreis haben, welche

[1]) Ebenso Puntschart S. 387.

[2]) cf. Plautus, Merc. III, 4. IV 2. v. 6. 15. IV 4. v. 29. Aulul. II 41. III 3. v. 9 etc.

[3]) Ebenso Brinz II § 330 S. 752. Burckhardt S. 27. Ihering I S. 114, auch Dernburg II § 110 S. 292. Anm. 4; anders Karlowa S. 636. 637, der von einem ganz anderen Gesichtspunkte ausgeht.

[4]) Zustimmend Puntschart S. 387. A. 2. Ihering cit. S. 113. Anm. Brinz cit. S. 752. Dernburg II S. 293. Die streng sinnliche

der Ware gleichstehen, und diese können nach der bereits oben entwickelten Anschauung nur physische Arbeit zum Inhalt haben.

Werden nun solche Dienste für den verabredeten Preis angenommen, so unterwirft sich damit der Vermieter derselben der Herrschaft des Mieters für die ausbedungene Zeit, er hat sich den Anordnungen des letzteren zu fügen und die Dienste in der gewünschten Weise zu leisten. Also auch hier gelangen wir zu dem gleichen Ergebnis wie oben: Nur physische Arbeit, wie sie von den unteren Volksklassen geleistet zu werden pflegt, ist entgeltsfähig und kann Gegenstand der l. c. operarum sein. Dieser enge Kreis der operae wurde jedoch mit gesteigerter Kultur, wo die Bedürfnisse wuchsen und auch die Leistungsfähigkeit der arbeitenden Klassen sich vergrösserte, noch etwas weiter ausgedehnt. Nicht nur körperliche Arbeit im gröblichen Sinne, sondern auch Mühewaltung, welche **nicht blos** physischer, sondern auch künstlerischer oder geistiger Art war, wurde in diesen Kreis einbezogen, doch waren solche Dienste immer subalterner Art, eine unabhängige Thätigkeit war ausgeschlossen, denn auch hier hatten die die Dienste Leistenden nach Anordnung und Geheiss des Dienstherrn thätig zu werden, standen also

---

Bedeutung von locare verwerfen Pernice, Labeo I S. 468, welcher es mit „anbringen“ übersetzt, sowie Burckhardt S. 28, welcher es in ähnlicher Weise mit „placieren“ identificiert. Doch dürfte unsere Erklärung vorzuziehen sein, da die sinnliche Bedeutung des conducere allgemein angenommen wird und durchaus kein Grund vorliegt, das entsprechende locare in übertragenem Sinne zu fassen. Ganz abweichend auch hier wieder Karlowa cit., der beide Worte aus der Immobilienpacht zu erklären sucht und demgemäss zu anderen Resultaten kommen muss.

in einem dienenden Verhältnis zu letzterem.[1]) Hiermit glauben wir die Richtigkeit der obigen Auffassung von dem Begriff und Inhalt der operae der l. c. bewiesen zu haben und fügen hier der Vollständigkeit wegen nur noch bei, dass die letzteren nach allgemeinen Rechtsprinzipien selbstverständlich zukünftig, an sich möglich, erlaubt und nicht gegen die Gesetze oder guten Sitten verstossend sein dürfen.

Diese operae werden jetzt allgemein unter dem Namen **operae illiberales** zusammengefasst, Dienste, welche mit wahrer Freiheit sich nicht vertragen, welche ein dienendes Verhältnis voraussetzen, — doch findet sich dieser Ausdruck in den Quellen nicht vor. Ferner ist noch hinzuzufügen, dass diese Dienste vom locator selbst vorgenommen werden müssen, eine Stellvertretung wird nur in Ausnahmefällen zulässig sein, da der conductor eben eine bestimmte Person mit bestimmten Eigenschaften und Fähigkeiten gemietet hat.[2])

Die Gegenleistung für die operae des locator ist die merces des conductor und muss dieselbe in numerata pecunia, Geld, bestehen, ferner certa d. h. von vornherein bestimmt oder von vornherein in das arbitrium, das billige Ermessen eines dritten gestellt, und vera, wahr, kein Scheingeschäft sein (analog dem Kaufvertrag cf. p. J. 3, 24. l. 2, l. 25, l. 46, D. 19, 2). Oft treten auch zu

[1]) L. 19. § 9. D. 19, 2. exceptor. l. 5. § 2. D. 19, 5 tabulam pingere l. 1. § 7. D. 50, 13. cf. Puntschart S. 388.

[2]) Celsus: eam esse causam operarum ut non siut eaedem — nam plerumque robur hominis aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum. l. 26. § 12. D. 12, 6 — ebenso Karlowa S. 643. Dernburg II § 112. S. 301.

dieser merces noch Nahrung, Beköstigung, Wohnung pp. für den locator hinzu, doch bleibt immer die pecunia die eigentliche Gegenleistung, und zwar kann diese für die ganze beendete Dienstzeit auf einmal, für je einzelne Teile derselben oder gar für bestimmte beendete Arbeiten, z. B. als Stücklohn, ausbezahlt werden.

II. Die wesentlichen Kriterien des Dienstmietvertrages sind demnach die operae illiberales und die merces, deren beider Begriff oben festgestellt wurde, und fehlte eines derselben, so war dann naturgemäss auch keine locatio conductio abgeschlossen. Wie stellte sich aber alsdann das Verhältnis zwischen den Parteien? Betrachten wir zunächst den Fall, dass nicht operae illiberales, sondern andere Dienste vereinbart waren, so nahmen die Römer ursprünglich überhaupt kein bindendes Rechtsverhältnis an, sofern es sich um freiere geistige oder doch vorwiegend geistige Thätigkeit handelte, wie sie die herrschenden wohlhabenden Klassen Roms auszuüben pflegten. Der Grund hierfür ist in der bereits oben erwähnten hohen Wertschätzung der freien Persönlichkeit zu suchen. Wie die Person frei und Selbstzweck ist, so soll auch ihre Bethätigung zu Gunsten anderer nur Sache des freien Willens und des Wohlwollens sein, nicht aber Inhalt einer rechtlichen Verpflichtung.[1]) Solche Bethätigung ist eine Gefälligkeit, die des Freien würdig ist, eine liberalitas, ein Liebesdienst, munus, welche von der anderen Seite durch ein Ehrengeschenk, honorarium, erwidert werden kann (remunerari), aber eine rechtliche Gebundenheit ist auch bei vorheriger Zusage auf keiner

---

[1]) Karlowa, cit. S. 642; zu dem gleichen Resultat gelangt Löwenfeld, cit. S. 399.

Seite vorhanden. Dies zeigt sich deutlich bei den spezifisch römischen höheren Berufsarten, der Agrimensur und der Jurisprudenz. So wird von dem mensor gesagt, dass er nur für culpa lata und dolus, also nur ex delicto haftet, und als Grund angeführt, dass eine Beredung mit ihm gar nicht als ein Rechtsgeschäft galt, sondern der mensor vielmehr nur eine Gefälligkeit erwies, welche durch ein Ehrengeschenk erwidert werden konnte: lex 1 p. D. XI, 6 si mensor: — sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari. — § 1. cit. — visum est enim satis abundeque coerceri mensorem si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, **qui civiliter obligatus non est** — lata culpa plane dolo comparabitur. — Analog stand auch der Beruf der juris consulti ausserhalb des Kontraktsystems; auch hier war keine obligatio auf Leistung solcher Berufsthätigkeit vorhanden, wenn sie zugesagt war, weil eben jeder Zwang nach römischer Auffassung ihrem Wesen widersprach. Ebensowenig gab es demgemäss auch einen Rechtsanspruch auf Lohn; wurde aber eine Gegengabe für die geschehene Thätigkeit gewährt, so war dies keine Gegenleistung, sondern die Erwiderung einer Gefälligkeit, eine Ehrengabe honorarium. Ein Beispiel hierfür bietet der berühmte Jurist Masurius Sabinus, welcher, da er vermögenslos war, obiger Anschauung gemäss durch seinen Beruf das zu seinem Lebensunterhalt Nötige nicht zu erwerben vermochte und von Unterstützungen leben musste.[1])

Als nun die Römer allmählich anfingen, sich mit dem Wesen und Charakter der von ihnen unterworfenen

[1]) L. 2. § 50. D. 1, 2. — huic (Sabino) nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.

Völker zu beschäftigen, und deren Kultur und geistige Errungenschaften würdigen lernten, da gab es viele, welche sich eingehender ihnen bisher unbekannten Wissenschaften widmeten, und damit wurde auch das Gebiet der für die wohlhabenden vornehmen Klassen anständigen Berufe ein grösseres. Namentlich die verschiedenen philosophischen Systeme, die wissenschaftliche Medicin, die Mathematik, Astronomie pp. fanden Anhänger und eifrige Förderer. Aber mochten die Vertreter dieser Disziplinen letztere praktisch oder theoretisch betreiben, oder als Lehrer weiteren Kreisen zugänglich machen, auch hier blieb die oben bezüglich der Agrimensur und Jurisprudenz schon entwickelte römische Auffassung in Geltung: Diese Disciplinen konnten nicht zum Inhalte eines Kontrakts gemacht werden, sie standen ausserhalb des Rechtssystems. Die Thätigkeit auf diesen Gebieten — man nennt erstere heute **operae liberales**, weil eines wahrhaft Freien würdig — war also, sofern sie zu Gunsten dritter geschah, ebenfalls nur eine diesen erwiesene persönliche Gefälligkeit, keine Leistung; eine Gegenleistung konnte demnach auch hier nicht stattfinden, sondern es konnte höchstens ein durch den Anstand gebotenes honorarium gegeben werden.

Allmählich trat jedoch ein Umschwung ein und zwar durch die Griechen, denen es Ihering[1]) als ein Verdienst um Rom anrechnet, dass sie den Lohn auf die Wissenschaft übertrugen. Je mehr Rom die Hauptstadt der Welt wurde, und die Kultur der gesamten Welt dort ihre Zentrale fand, umsomehr erhielt Rom auch Fremdenzuzug, namentlich viele griechische Lehrer verliessen ihre

[1]) Zweck im Recht S. 118.

Heimat und nahmen in Rom Aufenthalt. Um aber hier ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können, mussten sie sich mittelst ihrer Kenntnisse einen Erwerb suchen. Sie gaben deshalb Unterricht in den von ihnen gepflegten Wissenschaften und bedangen sich dafür ein Honorar aus; doch hatten sie auf letzteres natürlich keinen rechtlichen Anspruch und konnten dasselbe, falls es ihnen vorenthalten wurde, nicht im Klagewege geltend machen. Zu ihrer Unterstützung griff deshalb das prätorische und kaiserliche Recht ein und gab ihnen allmählich einen Rechtsanspruch auf das Honorar; doch wurde ihre Thätigkeit auch jetzt noch nicht dem civilen Kontraktsrecht unterstellt, denn ihr Anspruch auf Honorar blieb, wenn letzteres jetzt auch den Charakter eines wirklichen Entgeltes angenommen hatte, immer noch etwas besonderes und konnte nur im ausserordentlichen Verfahren, extraordinaria cognitione, geltend gemacht werden.

Diese ausserordentliche Honorarklage wurde dann mit der Zeit immer weiter ausgedehnt, sodass zur Zeit Ulpians schliesslich allen liberalen Berufsarten, mochten sie von Griechen, Römern oder anderen Volksangehörigen ausgeübt werden, z. B. den rhetores, grammatici, geometrae, medici, obstetrices, comites, advocati pp., ausgenommen jedoch Philosophen und Rechtslehrern (quia hoc primum profiteri eos oportet mercennariam operam spernere), ein Rechtsspruch auf Honorar zustand,[1]) und auch diese Ausnahmen kamen in spätkaiserlicher Zeit wohl in Wegfall. Ferner wurde der Anspruch auf Honorar für operae liberales bald als etwas so selbstverständliches angesehen, dass derselbe nach Leistung der Dienste geltend gemacht

[1]) L. 1. D. 50, 13.

werden konnte, auch wenn ein Honorar nicht ausdrücklich verabredet war. Als dann später der Formularprozess in Wegfall kam, und alle Prozesse im ausserordentlichen Verfahren entschieden wurden, fiel auch der formelle Unterschied zwischen Honorarklage und anderen Kontraktsklagen fort, und der Anspruch auf Honorar wurde prozessual ebenso geltend gemacht, wie der auf die merces der locatio conductio operarum. Die Verträge, in denen operae liberales gegen Entgelt versprochen sind, haben aber trotzdem im römischen Recht ihre Eigenheit bewahrt, sie sind nicht in der l. c. operarum aufgegangen, sondern blieben als unbenannte Verträge bestehen. Der analogen Anwendung des Rechtes der l. c. operarum auf diese haben aber die Römer keineswegs ferne gestanden. Dies folgt vor allem daraus, dass auch operae liberales, wie die des Advokaten, der comites, in dem Digestentitel locati conducti behandelt werden (l. 38 § 1, l. 19 § 10, D. 19, 2). Besonders für die Thätigkeit der advocati wird die Anwendbarkeit der Regeln der l. c. operarum hervorgehoben. In der l. 38 cit. wird von gewissen Folgen des operas locare gesprochen und dann von den Advokaten gesagt (advocati **quoque**), dass für sie das gleiche gelte. Dem entspricht, dass sich für die den Advokaten gebührende Gegenleistung auch die Bezeichnung „merces", das typische Wort der locatio conductio vorfindet (l. 1 § 13, D. 50, 13).

Auch die Vereinbarung mit dem mensor wurde nun der locatio conductio analog behandelt, ja es wurde möglich, — vielleicht weil dessen Kunst bei der zunehmenden Kultur anderer eigentlicher Wissenschaften in der Achtung der Römer abgenommen hatte — mit ihm eine richtige locatio conductio operarum abzuschliessen

(l. 4. § 1. D. 10, 1)[1]). Auch bei dem Arzte ist der Gesichtspunkt der Dienstmiete nicht fern gehalten worden: er haftet für sachgemässe Ausführung der übernommenen Dienste — imperitia schadet (cf. l. 6. § 7. D. 1, 18; l. 8. D. 9, 2. § 6 u. 7. J. 4, 3) — allerdings prinzipiell nur mit einer actio praescriptis verbis (dies folgt aus l. 26. § 1. D. 19, 5), dass dieser aber ihrem Inhalte nach einer actio locati conducti zum Vorbild diente, ergiebt sich daraus, dass in l. § 8. D. 9, 2 gegen ihn in Wahl mit einer actio ex lege Aquilia gradezu eine actio ex locato gewährt wird.

Aus den angeführten Beispielen, welche ja die verschiedensten Gebiete betreffen, darf man nun wohl folgern, dass die Römer auch für die übrigen liberalen Berufsarten eine analoge Anwendung der l. c. operarum zugelassen haben, und dass die für diese geltenden Regeln auch jenen zu Grunde gelegt wurden, soweit nicht bei den letzteren die Eigentümlichkeiten der Innominatkontrakte dem entgegenstand. Da nämlich Innominatkontrakte überhaupt erst rechtsverbindlich wurden, wenn von einer Seite geleistet, oder wenigstens eine Partei in angemessener Weise thätig geworden war — mag dann der Erfolg ohne ihre Schuld auch ausgeblieben sein — so konnten bei unbenannten Dienstverträgen natürlich auch erst rechtliche Ansprüche erhoben werden,

1. sobald derjenige, welcher die Dienste zu leisten übernommen hatte, seine Verpflichtung erfüllt hatte oder, wenn dies nicht geschehen konnte, wenigstens nach

[1]) cf. Puchta, Geschichte des Rechts bei dem röm. Volk, 9. Aufl., S. 361, § 275. Rudorff, Zeitschr. für gesch. Rechtsw., X, S. 412 ff.

Kräften thätig wurde, ohne sich eine Vernachlässigung zu Schulden kommen zu lassen —

2. oder aber, was allerdings seltener vorgekommen sein mag, wenn das Honorar bereits im Voraus gezahlt war (advocati l. 38. § 1. D. 19, 2); der blosse Konsens, wie er zum Abschluss einer locatio conductio genügte, führte hier zu keiner rechtlichen Wirkung.

Wenden wir uns nun von den operae liberales ab, so bleibt noch die Frage zu beantworten, wie stellt sich das Verhältnis zwischen den Parteien, wenn weder operae illiberales, noch operae liberales, sondern auf Stellvertretung oder Geschäftsführung gerichtete Dienste vereinbart sind?

Solche Thätigkeit ist, sofern sie unentgeltlich übernommen wird, der eigentliche Inhalt des auf persönlichen Beziehungen (amicitia, officium) und gegenseitigem Vertrauen beruhenden Mandates; freilich kann auch hier ein Honorar ausbedungen werden, welches wie bei den operae liberales extraordinaria cognitione klagbar war, doch ist hier das Honorar nie zum reinen Entgelt herabgesunken, es hat stets seinen Charakter als Ehrengabe beibehalten. Fallen jedoch die persönlichen Beziehungen zwischen den Kontrahenten fort, obwohl sonst ein Vertrauensverhältnis besteht, und wird für diese Thätigkeit ein Lohn festgesetzt, der als ein wirklicher Entgelt dienen soll, so nehmen die Quellen auch hier Innominatkontrakte an, so z. B. bei einer Reise für einen dritten gegen Entgelt, oder bei juristischen Handlungen wie Freilassung eines Sklaven für einen dritten gegen Entgelt (l. 5 pr. und § 1. D. 12, 4). Dass man aber auch dergleichen Dienste, soweit möglich, analog der locatio conductio behandelte, beweist wohl die l. 1. § 4. D. 17, 1, wo es von solchen

Leistungen, welche sonst Inhalt eines Mandats zu bilden pflegten, ausdrücklich heisst. interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit; ferner spricht auch die l. 19. § 1. D. 19, 5 dafür.

Nicht hierher gehört das auf das Mandat zurückzuführende, ursprünglich private Dienstverhältnis der kaiserlichen Beamten, welche für ihre Thätigkeit einen Gehalt beziehen; denn hier haben sich die wesentlichen Momente des Mandates auch weiterhin erhalten. Diese Thätigkeit beruhte auf officium und war unentgeltlich und der Gehalt, welchen diese Beamten erhielten, war nicht ein Aequivalent, sondern diente nur zu ihrer Sustentation.

In den bisherigen Ausführungen ist gesagt worden, dass nur ein bestimmter Kreis von Diensten, wie er sich allmählich durch die gewöhnliche entgeltliche Thätigkeit der Angehörigen der unteren Volksklassen festgestellt hatte, zum Gegenstande der l. c operarum gemacht werden konnte, während alle anderen Dienste von diesem Kontrakte ausgeschlossen blieben. Darnach beruhte der Inhalt der l. c. operarum nicht auf einer objektiven Eigentümlichkeit der fraglichen Arbeiten, sondern auf einem subjektiven Grunde, nämlich der sozialen Stellung der die Dienste Leistenden.

Eine ganz andere Auffassung macht sich nun bei einigen französischen Schriftstellern geltend. Diese gehen ebenso wie wir davon aus, dass die Sachmiete l. c. rei die ursprüngliche Art der Miete ist, behaupten dann aber weiter, dass diese auch bei ihren Abarten der l. c. operarum und l. c. operis ihren Charakter in soweit beibehalten habe, dass sowohl die operae der l. c. operarum als auch das opus der l. c. operis stets an einer **Sache** stattfinden müssten. Was nun insbesondere die l. c.

operarum anbetrifft, so sagt Accarias in seinem Précis de droit romain tom II (cit. bei Adnet): le louage de services a necessairement pour objet un fait s'appliquant à une chose corporelle, und ihm schliessen sich Adnet (S. 14 ff.) und Armirail (S. 61) vollständig an.

Nach ihrer Meinung kommt es also nicht auf die soziale Stellung der die Dienste Leistenden an, sondern das Kriterium ist, ob die letzteren an einer **Sache** thätig werden oder nicht: im ersteren Falle liegt l. c. operarum vor, im zweiten ist kein Mietvertrag abgeschlossen. Hieraus soll sich dann auch erklären, warum die operae liberales von der Miete ausgeschlossen sind: nicht weil eine besondere „noblesse" derselben vorliegt — dies wird energisch bekämpft — sondern weil bei diesen keine Thätigkeit an einer Sache stattfindet; hier wird von diesen Schriftstellern stets „mandat salarié" — Honorarmandat angenommen.

Die Begründung dieser Ansicht ist eine sehr mangelhafte. Ausser der Behauptung, dass die Notwendigkeit einer chose corporelle für die l. c. operarum noch auf einer Anlehnung (vestige) an die l. c. rei beruhe, werden die l. 20. D. 18, 1 und § 4. J. 3, 24 als Beweis angeführt. Beide Stellen handeln jedoch nicht von der l. c. im Allgemeinen, sondern von der l. c. **operis** bezw. deren Unterschied von der emptio venditio, und können deshalb, da anerkanntermassen für diese auch sonst ganz andere Regeln gelten, als für die l. c. operarum, als Beweis erbringend nicht angesehen werden. Auch den Beweis, dass die operae liberales dem Mandat unterstellt wurden, sind diese Schriftsteller schuldig geblieben. Ihre Ausführungen sind daher nicht geeignet, unsere Auffassung von dem Charakter der l. c. operarum zu widerlegen.

Als zweites wesentliches Erfordernis der l. c. operarum ist oben die merces genannt worden. Diese Gegenleistung des Mieters musste in einer bestimmten Geldsumme bestehen. War nicht Geld, sondern ein anderes Aequivalent von den Parteien vereinbart worden, so fiel ein solcher Vertrag nicht unter die Miete, sondern es lag auch hier ein Innominatkontrakt vor.[1])

Doch dürfen wir wohl mit Recht annehmen, dass auch hier gemäss dem schon oben beobachteten Prinzipe der Römer, unbenannte, bezw. von den gewohnten Formen abweichende Verträge nach dem Muster einer nächstverwandten Spezies von benannten Verträgen zu beurteilen, die Grundsätze der l. c. operarum Platz gegriffen haben.

Als Resultat unserer gesamten bisherigen Betrachtung ergiebt sich demnach folgendes:

Zum Abschluss von Dienstverträgen in dem eingangs von uns festgestellten Sinne stand den Römern nur ein einziger benannter Kontrakt, nämlich die locatio conductio operarum zu Gebote, und auch dieser hatte einen sehr beschränkten Inhalt, denn nur operae illiberales konnten hier vereinbart werden, und die Gegenleistung für diese musste stets in einer bestimmten Geldsumme bestehen; waren andere Dienste vereinbart, oder bestand die Gegenleistung nicht in Geld sondern in einem anderen Aequivalent, so nahmen die Römer unbenannte Verträge an, welche jedoch als der l. c. operarum ähnlich, nach deren Grundsätzen behandelt zu werden pflegten.

---

[1]) L. 5. § 2. D. 19, 5 und § 2. J. 3, 24.

§ 3.

b) im gemeinen Recht.

Wenden wir uns nun dem gemeinen Recht zu, so ist die Abgrenzung der l. c. operarum gegenüber den übrigen in Betracht kommenden Verträgen die des reinen römischen Rechts, wie sie im vorigen Paragraphen von uns angegeben ist. Auch der Inhalt dieses Vertrages ist im Prinzip derselbe geblieben: er umfasst auch jetzt noch nur niedere nach allgemeiner oder besonderer Weisung des Dienstherrn zu verrichtende Arbeiten, welche um des Lohnes, des Erwerbes willen übernommen werden, gegen eine bestimmte Geldsumme.[1]) Freilich ist sein Anwendungsgebiet naturgemäss nach dem Wegfall der Sklaverei, Leibeigenschaft, Frohnden pp. und bei der immer grösser werdenden wirtschaftlichen Arbeitsteilung ein bedeutend umfangreicheres geworden. — Die unbenannten Dienstverträge haben jedoch im gemeinen Recht eine andere Stellung erhalten. Nach einem unbestrittenen Gewohnheitsrecht gilt heute die Regel, dass alle Innominatkontrakte nicht erst durch Leistung einer Partei, sondern sofort durch die irgendwie erklärte Einigung der Parteien, den Konsens, rechtsverbindlich und klagbar werden,[2]) und damit sind auch die unbenannten Dienstverträge zu Konsensualkontrakten geworden. Da nun die in Rede stehenden Verträge bereits im römischen Recht nach Analogie der l. c. operarum behandelt wurden, soweit nicht die besondere Natur der Innominatkontrakte überhaupt dem entgegenstand, die

---

[1]) Dernburg II § 112. Arndts § 314. Keller § 338. Im wesentlichen auch Windscheid § 399 u. 404. Reichs-Gericht XVIII, S. 174. XXXI, S. 60.

[2]) Windscheid § 312. Dernburg II § 8. Reichs-Gericht II, S. 49 am Ende.

letztere aber, wie eben erklärt, in Wegfall gekommen ist, so wäre es nur konsequent, wenn man diese Verträge in der l. c. operarum, der Dienstmiete, ganz und gar hätte aufgehen lassen. Diese Folgerung ist jedoch nicht gezogen worden. Was zunächst die Verträge über die sog. operae liberales angeht, so haben sich sowohl Theorie wie Praxis durchaus ablehnend gegen ein Aufgehen derselben in der Dienstmiete verhalten. In der Theorie ist zu unterscheiden zwischen solchen Schriftstellern, welche die Anwendung der Mietgrundsätze auf diese Verträge sogar ganz abweisen, und solchen, welche zwar diese Grundsätze analog angewandt wissen wollen, aber eine Verschmelzung der Dienstmiete und der unbenannten Dienstverträge in einen Kontrakt nicht anerkennen.

Zu den ersteren gehören unter anderen Mühlenbruch und Dernburg. Mühlenbruch nimmt bei operae liberales schlechthin Mandat an und giebt zur Einklagung des Entgelts eine actio mandati contraria.[1]) Auch nach Dernburg soll die Thätigkeit der Rechtsanwälte, Aerzte, Lehrer pp. auf Mandat beruhen.[2]) Gleicher Meinung ist auch Keller.[3]) Demgemäss lassen auch sie als Klage auf die Gegenleistung die actio mandati contraria zu.

Diese Schriftsteller lassen sich durch den ursprünglichen Begriff der Gegenleistung als Honorar und die hohe Wertschätzung, welche diesen Diensten zu Teil wurde, verleiten, hier wie auch für das römische Recht das auf persönlichen Beziehungen beruhende, im Prinzipe unentgeltliche Mandat anzunehmen; doch dürfte diese

[1]) M. II. § 408, S. 429.
[2]) D. II. § 115 am Schluss.
[3]) K. II. § 312 am Ende.

Auffassung den Ergebnissen der neueren Forschung auf dem Gebiete der römischen Rechtsgeschichte nicht entsprechen; denn schon die Römer selbst haben hier, besonders da das Honorar immer mehr den Charakter eines Entgelts angenommen hat, nicht das Mandat, wie diese Schriftsteller annehmen, sondern die locatio conductio herangezogen (cf. unsere obigen Ausführungen), und diese in richtiger Würdigung der Verhältnisse erwählte Behandlungsart darf auch ohne Grund nicht verlassen werden, umsomehr, als heute mehr denn je anerkannt ist, dass die Vertreter der genannten Berufe in der Gegenleistung einen wirklichen Entgelt zu sehen gewohnt sind, und gerade um dieser Gegenleistung willen, d. h. um Erwerb daraus zu ziehen, ihren Beruf ausüben.

Dieser Auffassung ist daher nicht beizutreten.

Die weitaus meisten Schriftsteller gehören der zweiten Gruppe an, doch wollen wir, um nicht weitschweifig zu werden, hier nur Sintenis und Windscheid hervorheben. Ersterer lässt diese Dienstverträge nicht in der l. c. operarum, Dienstmiete, aufgehen, sondern stellt sie neben diesen Kontrakt, will aber keinen Gegensatz zwischen beiden statuieren, denn er fügt hinzu: „Der Frage, ob l. c. operarum oder Dienstleistung vorliege, möchte es an jedem praktischen Interesse fehlen.“ [1])

Ebenso erkennt Windscheid die Behandlung dieser Verträge nach Analogie der Dienstmiete an, aber den spezifischen Ausdruck **Miete** weist er ab. Er sagt II § 404 seiner Pandekten: „Ebenso wenig spricht man von Mietvertrag, wenn gegen Entgelt eine Dienstleistung versprochen wird, welche allein, oder vorwiegend in freier

[1]) Sintenis, Pand. II § 113. A. 8.

geistiger Thätigkeit besteht. Aber auch in diesem Falle gelten die gleichen Regeln wie für den Mietvertrag."

Ebensowenig erkennt die Praxis eine Verschmelzung beider Arten von Verträgen an, doch scheint auch hier wenigstens die Ansicht immer mehr an Boden zu gewinnen, dass auch solche Verträge, welche die entgeltliche Leistung von operae liberales zum Gegenstande haben, nach denselben Regeln wie die locatio conductio operarum zu beurteilen seien.

Freilich wird in einem Erkenntnis des O. A. G. zu Darmstadt vom Jahre 1834[1]) einmal der Anschauung Ausdruck gegeben, dass die Römer operae liberales dem Mandat unterstellt hätten, und diese Subsumtion wird dann für den vorliegenden Fall — es handelt sich um die Dienste eines Hofkapellmeisters — herangezogen; aber diese Anschauung, welcher, wie wir oben sahen, eine irrtümliche Auffassung der römischen Verhältnisse zu Grunde lag, hat grösseren Einfluss wohl nicht ausgeübt, vielmehr hat man, soweit sich die oberstrichterliche Rechtsprechung in unserer Frage übersehen lässt, den modernen sozialen Anschauungen Rechnung tragend, später auch bei entgeltlichen Verträgen über operae liberales auf die l. c. operarum zurückgegriffen. So in einem Falle, wo die Kündbarkeit eines von einer Gemeinde angestellten Stadtarztes in Frage steht,[2]) hier wird in dem betreffenden Urteile gesagt: . . . . . .

„so kommen die allgemeinen privatrechtlichen Grundsätze vom Dienstvertrag zur Anwendung. Diese gehen dahin, dass Dienstverträge, welche auf fortlaufenden

[1]) Seuffert's Archiv XI No. 148.

[2]) Seuffert VI No. 30.

Dienst derselben Art gerichtet sind, im Zweifel von dem einen oder anderen Teil gekündigt werden können **und zwar besteht in dieser Beziehung rechtlich kein Unterschied, ob die Dienste in der Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft oder ob sie in blossen Handarbeiten bestehen.** (Obertribunal Stuttgart, Erk.v. 6. August 1852.)

In einer anderen oberstrichterlichen Entscheidung[1]) heisst es folgendermassen:

„Ebenso ist es richtig, dass nach heutiger Rechtsanschauung die Verträge über solche Dienstleistungen, welche ohne zu den mehr mechanischen Arbeitsverrichtungen oder Handwerksleistungen (operae mercenariae, operae fabriles) zu gehören, doch einen besonderen Erwerbszweig bilden und daher regelmässig nur gegen eine in Geld bestehende, entweder im Voraus beredete, oder durch gesetzliche Taxen, oder nach Ueblichkeit bestimmte Vergütung gewährt zu werden pflegen, nach den für tauschartige Verträge anderer Art geltenden Grundsätzen, insbesondere auch nach den für die Dienstmiete massgebenden Normen zu beurteilen, und dass zu diesen Dienstleistungen auch diejenigen der Notare in einem gewissen Umfange zu rechnen sind.“ (Erk. d. O. A. G. Rostock vom 16. Januar 1871.)

Auch das Reichsgericht hat die Anwendbarkeit der für die l. c. operarum geltenden Regeln auf die entgeltlichen Verträge über operae liberales anerkannt, ohne jedoch beide Vertragsarten in einander aufgehen zu lassen, denn in den Entsch. d. R. G. Civils. XVIII, 36. S. 174 und 175 wird gesagt:

---

[1]) Seuffert XXIX No. 126.

„Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus wäre übrigens der entsprechende privatrechtliche Dienstvertrag häufig nicht gerade als locatio conductio operarum zu bezeichnen, da diese Vertragsart, nach der für das gemeine Recht noch massgebenden Terminologie, sich nur auf operae illiberales, locari solitae beziehen soll, zu welchen man die Dienstverrichtungen aller höheren Staatsbeamten nicht wird zählen dürfen. Aber da nach dem heutigen gemeinen Rechte auch andere privatrechtliche Dienstverträge wesentlich nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sind, so bleibt diese terminologische Frage ohne Erheblichkeit für das praktische Ergebnis."

Da nun eine gegenteilige Entscheidung in unserer Frage seitens des Reichsgerichts bisher nicht bekannt geworden ist, so ist wohl anzunehmen, dass dieser oberste Gerichtshof auch jetzt noch an der oben ausgesprochenen Auffassung festhält. (cf. Motive z. E. e. B. G. zu § 559, S. 456.)

Der Grund, weshalb sowohl Doktrin, wie Rechtsprechung die Verträge über höhere Dienstleistungen neben der l. c. operarum bestehen lassen, ist wohl einerseits in einem allzustarren Festhalten an den Regeln des reinen römischen Rechts, und anderseits in der auch heute noch allgemein geltenden Anschauung zu suchen, dass geistige Thätigkeit und überhaupt Dienste höherer Art vornehmer als die mehr physische Arbeit seien, und für die Uebernahme der ersteren nicht ein **Entgelt** der bestimmende Faktor sei; und so tief ist diese Anschauung eingewurzelt, dass man sich selbst im gewöhnlichen Leben scheut, bei solchen Diensten von „mieten" zu sprechen, man umgeht dieses Wort geflissentlich und sucht es durch andere

Ausdrücke zu ersetzen, wie man denn z. B. keinen Lehrer „mietet", sondern „engagiert" oder „anstellt". Auch die Gegenleistung für diese Dienste wird nicht als „Lohn", sondern als „Honorar", „Salair", „Gage", „Gehalt" pp. bezeichnet.

Hierzu stimmt nun freilich nicht, dass es heutzutage Regel ist, einen Beruf — mag dieser in rein manueller oder geistiger Thätigkeit bestehen —, zu erwählen und aus ihm **Erwerb** zu ziehen.

Wenden wir uns nun den Verträgen über solche Dienste zu, welche ohne den ausgemachten Entgelt Gegenstand des Mandates sein würden, so darf man wohl annehmen, dass diese Verträge heutzutage in der Dienstmiete aufgegangen sind.[1]) Doch wird in jedem einzelnen Falle zu prüfen sein, ob eine wirkliche Gegenleistung, ein Entgelt, oder ein Honorar von den Kontrahenten vereinbart ist, d. h. ob der vorliegende Vertrag ein Mietvertrag oder Honorarmandat ist. Praktisches Interesse wird diese Frage insoweit haben, als beim Mandat einseitiger Rücktritt — jedoch nicht intempestive — gestattet ist, bei der Miete dagegen nicht.

Hinzuzufügen ist noch, dass die Prozessführung durch einen Rechtsanwalt, namentlich soweit Anwaltszwang und damit die öffentlich rechtliche Stellung desselben in Frage kommt, nach allgemeiner Anschauung niemals als Dienstvertrag, sondern stets als Mandat aufzufassen ist.[2])

---

[1]) L. 1. § 4. D. 17, 1. Sintenis II § 113 A. 8; auch wohl Brinz II § 332 S. 774 A. 14; im übrigen hat sich weder die Theorie noch die Praxis mit dieser Frage beschäftigt.

[2]) Seuffert VI No. 189, XIV No. 202, XXXXII No. 203 R. G. XIV No. 74 S. 285, 286.

Die Gegenleistung für Dienste besteht auch im heutigen gemeinen Recht bei der Dienstmiete in numerata pecunia, in Geld. Ist dennoch ein anderes Aequivalent als Geld vereinbart worden, so liegt hier kein Mietvertrag, sondern ein unbenannter Dienstvertrag vor, der jedoch anerkanntermassen nach den Regeln der Dienstmiete zu behandeln ist. So sagt Windscheid Pand. II § 404: „Wenn für Dienste nicht Geld, sondern eine andere Gegenleistung versprochen wird, so nennt man den Vertrag nicht Miet-vertrag; aber es gelten für denselben die gleichen Grund-sätze wie für den Mietvertrag". Dieselbe Auffassung findet sich bei Dernburg (Pand. II § 111. 112), Wächter (Pand. II S. 477) und anderen. Eine entgegengesetzte Ansicht ist weder in der Theorie noch Praxis vertreten.

Das Resultat unserer Untersuchung ist für das gemeine Recht demnach folgendes:

Nur Dienste subalterner Art, welche nach allgemeiner oder besonderer Weisung des Dienstherrn um des Erwerbes willen gegen Geld übernommen werden, können Gegenstand der Dienstmiete sein; sind Dienste anderer Art, namentlich sogenannte operae liberales vereinbart worden, oder besteht die Gegenleistung nicht in Geld, so liegt keine Dienstmiete vor, doch sind diese Dienstverträge nach den für die Dienstmiete geltenden Regeln zu behandeln.

§ 4.

c) im neuen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Es erübrigt nunmehr noch kurz zu erörtern, welche Stellung das neue Bürgerliche Gesetzbuch (B. G.) den Verträgen über zu leistende Dienste zugewiesen hat. Die gemeinrechtliche Terminologie hat das B. G. hier

fallen lassen, wir finden deshalb in demselben weder Dienstmiete, noch unbenannte Dienstverträge, dagegen spricht es von **dem Dienstvertrage** κατ' ἐξοχήν. Was ist nun hierunter zu verstehen? § 611 des B. G. sagt:

„Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein."

Eine Definition ist hiermit nicht gegeben! Doch müssen wir wohl mit Rücksicht auf die Bedeutung, welche der gemeinrechtliche Sprachgebrauch und namentlich Windscheid, dessen Einfluss auf den Inhalt des B. G. unbestritten ist, dem Worte „Dienst" beilegen, annehmen, dass man hiermit einen Vertrag schaffen wollte, der sowohl die l. c. operarum (Dienstmiete) wie auch die unbenannten Dienstverträge umfassen sollte.

Diese Auffassung wird auch durch die einzelnen Entwickelungsphasen des B. G. bestätigt.

Dem eben zitierten § 116 des B. G. entspricht der § 559 des Entwurfs I (E. I.), welcher lautet:

„Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher die Dienste zusagt (Dienstverpflichteter), verpflichtet, dem anderen Vertragschliessenden (Dienstberechtigten) die vereinbarten Dienste zu leisten; der Dienstberechtigte verpflichtet, dem Dienstverpflichteten die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein."

Beide Paragraphen haben demnach denselben Inhalt, nur ist die Ausdrucksweise im § 559 eine recht ungeschickte (— „ein grausames deutsch" sagt Bernhöft in

seiner Abhandlung: „Kauf, Miete und verwandte Verträge im Entwurfe des B. G., S. 62 —) und deshalb hat man wohl die jetzige Fassung, welche sich schon im Entwurf II findet, gewählt. In den Motiven (II S. 455) wird nun zu dem eben angeführten § 559 bemerkt: „Nach römischem Recht kann nicht jede Art von Diensten Gegenstand der Dienstmiete sein, vielmehr sind gewisse Dienstleistungen aus dem Kreise derselben ausgeschlossen." Dann wird weiter auf den Gegensatz von operae liberales und operae illiberales eingegangen und schliesslich gesagt (S. 456), dass der Entwurf vermeide, auch nur in formeller Beziehung zwischen beiden zu unterscheiden; da eine solche auch nur formelle Unterscheidung als der modernen Rechtsauffassung entschieden widerstreitend schlechthin abgelehnt werden müsse; demgemäss sind also sowohl die Dienstmiete, wie auch Verträge über operae liberales ein und demselben Vertrage, nämlich dem Dienstvertrage zu unterstellen.

Auch im Entwurf II § 551 wurde die Verschmelzung dieser beiden Vertragsarten in einen Vertrag, trotz mancher dagegen geäusserter Bedenken, z. B. in der Eingabe der Geh. Sanitätsräte Dr. Graf und Dr. Wallichs, d. d. Elberfeld und Altona im Mai 1892 — aufrecht erhalten.[1]) Ebenso blieb der dem Reichstage vorgelegte Entwurf (E. III) auf diesem Standpunkte stehen (§ 604) und in der Denkschrift dazu[2]) heisst es in gleichem Sinne: .

„für die Anwendbarkeit der Vorschriften des Entwurfs ist es unerheblich, welcher Art die zugesagten Dienste

[1]) Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. Band I, S. 288.

[2]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, S. 73 der amtlichen Ausgabe.

sind. Die Unterscheidungen, welche das römische Recht in dieser Hinsicht aufstellte, haben für die heutigen gesellschaftlichen Verhältnisse keine Bedeutung mehr.“ Auch der Reichstag billigte es, dass diese alten Unterscheidungen, welche innerlich längst überwunden waren, nun auch formell beseitigt wurden, und nahm entgegen den Einwendungen der Sozialdemokratie die ihm vorgelegte Norm in der eben zitierten Fassung an.

Hierin ist nun entschieden ein grosser Fortschritt in unserer Rechtsentwickelung zu erblicken und als solcher wurde diese Vereinigung auch von den meisten Schriftstellern von Anfang an anerkannt.[1])

Will nun der § 611, Absatz 2 hauptsächlich den Unterschied von operae liberales und operae illiberales aufheben, so ist doch aus seiner Fassung zu entnehmen, dass sich sein Inhalt nicht auf diese beiden Dienstarten beschränken, sondern alle Dienste in dem von uns eingangs dieser Arbeit festgestellten Sinne, d. h. jede Thätigkeit zu Gunsten eines dritten gegen Entgelt — umfassen will. Hervorgehoben wurde dies besonders vom Bundesrats-Kommissar Struckmann in der Sitzung vom 22. Juni 1896, der da sagte: „die Vorschriften des Entwurfs (E. III) über den Dienstvertrag (— die Entgeltlichkeit wird hier

[1]) Ostermeyer, Blätter aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Heft 3 und 4, S. 173. Jacobi, Lehre vom Dienstvertrag im Archiv für bürgerliches Recht, Band IV, S. 143. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches § 29 S. 157. Anderer Ansicht ist Löwenfeld in Heft X der Gutachten aus dem Anwaltstande S. 896 ff. und ferner Lotmar im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 8. S. 16 ff., obwohl gar nicht einzusehen ist, welchem anderen Begriff operae liberales eigentlich unterstellt werden könnten, da doch für deren Leistung heute durchweg stets eine Gegenleistung verlangt wird.

vorausgesetzt —) beziehen sich auf Dienstverhältnisse aller Art, mag der Gegenstand des Vertrages eine körperliche oder eine geistige Thätigkeit sein"; eine andere Thätigkeit als körperliche oder geistige, giebt es jedoch nicht!

Damit fallen unter § 611 des B. G. auch die früher von uns unterschiedenen weder zu operae liberales, noch zu operae illiberales gehörigen sogenannten mandatähnlichen Dienste, d. h. solche, welche nach römischen und gemeinen Recht, recht eigentlich Gegenstand des Mandates sein würden, wenn nicht ein Entgelt dafür gezahlt würde. Im Gesetz selbst bestätigt wird dies durch § 675 B. G., auf welchen jedoch erst später einzugehen ist.

Die Gegenleistung für die Dienste wird im B. G. „Vergütung" genannt, d. h. Lohn im weitesten Sinne des Wortes. Die Gegenleistung braucht also nicht allein in Geld, sondern kann auch in anderen Sachen bestehen, oder es können als solche irgend welche andere vermögenswerte Leistungen, z. B. wiederum Dienstleistungen vereinbart sein. Dies erklären ausdrücklich schon die Motive, denn hier heisst es (II S. 460) . . . . .

„es fehlt an inneren Gründen, die Gegenleistung mit dem römischen Recht auf Geld, oder mit dem sächsischen Gesetzbuch auf Geld oder andere Sachen zu beschränken".

Damit sind nun auch die unbenannten Dienstverträge des römischen und gemeinen Rechts, welche von dem Begriff der Dienstmiete ausgeschlossen bleiben mussten, weil die Gegenleistung nicht in Geld, pecunia, bestand, dem Dienstvertrag des B. G. zu unterstellen.

Aus den bisherigen Erörterungen dieses Paragraphen ergiebt sich demnach, dass mit dem B. G. die Dienstmiete (l. c. operarum) und die mannigfachen Arten der unbenannten Dienstverträge als solche in Fortfall gekommen

sind, es giebt im B. G. nur noch einen, **„den“** Dienstvertrag und in diesem sind alle die genannten Verträge aufgegangen.

Finden sich aber im B. G. nicht noch einzelne besondere Verträge, deren Inhalt ein Dienst in unserem Sinne bildet?

Man könnte zunächst an den Werkvertrag denken, § 631 lautet:

„Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer, durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“

Schon aus diesem Wortlaut ergiebt sich deutlich, dass die Redaktoren des B. G. mit dem Werkvertrage die l. c. operis treffen wollten. Ebenso wie bei dieser, soll Gegenstand des Vertrages ein Werk als vollendetes Ganzes, ein **Erfolg** sein, und nur für diese, nicht für die Arbeit, die Dienste an sich, hat die Gegenleistung zu erfolgen. Während beim Dienstvertrage gefordert wird, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete in der vereinbarten Weise thätig werde, die Thätigkeit, Arbeit, also Selbstzweck ist, wird hier auf die Arbeit an sich kein besonderer Wert gelegt, wie und durch wen dieselbe geschieht, ist gleichgültig, sie ist hier nur Mittel zum Zweck, dagegen übernimmt der Unternehmer die Garantie, dass der vom Besteller gewollte **Erfolg** unbedingt eintreten werde.[1])

Wir dürfen deshalb den Werkvertrag aus den gleichen Gründen von unserer Untersuchung ausschliessen, wie wir es schon früher mit der l. c. operis gethan haben.

[1]) Aehnlich Krückmann, Institutionen des B. G. S. 116.

Auch der Maklervertrag (B. G. §§ 652—656) gehört nicht unter das Thema dieser Arbeit. In den Abschnitten über das römische und gemeine Recht ist derselbe von uns nicht besonders erwähnt worden, weil er hier nach den Regeln der l. c. operis zu behandeln ist.[1]) Im B. G. ist er zu einem besonderen Vertrag geworden, doch steht er auch hier in naher Verwandschaft mit dem Werkvertrage: Der Makler erhält den Lohn nur, wenn seine Bemühungen Erfolg gehabt haben, wenn der Vertrag zwischen seinem Auftraggeber und der dritten Person wirklich zu Stande gekommen ist (§ 652 B. G.). Also auch hier wird nicht die Thätigkeit als solche, sondern der **Erfolg** derselben bezahlt, und damit ist ein Dienst in unserem Sinne nicht vorhanden. Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob die „Verwahrung" (B. G. § 688 ff.) den Verträgen über zu leistende Dienste zu unterstellen ist.

Gegenstand dieses Vertrages ist die **Aufbewahrung einer beweglichen Sache**, für welche eine event. Vergütung expressis verbis, oder auch stillschweigend, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, vereinbart werden kann.

Kann man nun eine solche entgeltliche Aufbewahrung einen Dienst in unserem Sinne nennen?

„Aufbewahren" heisst in erster Linie „einen Raum für die bewegliche Sache gewähren", dieses Raumgewähren kann jedoch als ein Thun, eine Arbeit, wie sie der Dienstbegriff erfordert, zweifellos nicht aufgefasst werden. In dem Worte „Aufbewahren" liegt aber noch ein weiteres Moment, nämlich: „positive Sorgfalt auf die Sache ver-

[1]) Sintenis II § 119. A. 5. Windscheid II § 404. A. 8. Puntschart S. 129.

wenden".[1]) Aber auch in diesem weiteren Begriff ist eine Nutzung der Arbeitskraft, die Entwickelung einer Thätigkeit nicht ohne weiteres zu finden. Giebt mir z. B. jemand einen Brillantschmuck zur Aufbewahrung, und ich schliesse denselben in meinen Geldschrank sicher ein, so habe ich einen Raum gewährt und auch alle Sorgfalt auf die aufzubewahrende Sache verwandt, der Schmuck liegt nun sicher da, ohne dass ich etwas weiter dazu zu thun brauche! Hiermit habe ich meine Verpflichtung erfüllt, aber eine Dienstleistung in unserem Sinne ist dies nicht zu nennen!

Anders liegt die Sache, wenn mir jemand ein Pferd für mehrere Wochen zur Aufbewahrung übergeben hat. Hier gehört zu der Sorgfalt, die ich auf die Sache zu verwenden habe, auch die Fütterung und Wartung des Pferdes; dasselbe ist täglich mehrere Stunden zu bewegen pp. — und hierin ist sicher eine Arbeit, die Entwickelung einer Thätigkeit zu erblicken!

Das Resultat ist folgendes: Die Aufbewahrungsthätigkeit an sich ist niemals als Dienst in unserem Sinne zu bezeichnen, dagegen ist nicht ausgeschlossen, dass sich aus der Sorgfalt, die auf die aufzubewahrende Sache zu verwenden ist, in manchen Fällen die Verpflichtung zu Dienstleistungen ergiebt. Da hier jedoch die Dienste nicht von vornherein Gegenstand des Vertrages sind, sondern erst in zweiter Linie in Betracht kommen, so kann der Verwahrungsvertrag auch nicht als Vertrag über zu leistende Dienste bezeichnet werden und dürfte somit eine weitere Untersuchung desselben hier auszuschliessen sein. In der Litteratur, soweit mir dieselbe bekannt

[1]) Krückmann cit. § 19. S. 95.

geworden ist, behandelt nur Schollmeyer[1]) und Lotmar[2]) — letzterer jedoch nur für Entwurf II eines B. G. — die Abgrenzung des Dienstvertrages vom Verwahrungsvertrag. Ersterer findet dieselbe schwierig und bezeichnet als Kriterium schliesslich die **Aufbewahrungspflicht**:

„Sobald die dem Gegenkontrahenten auferlegten Pflichten über das Aufbewahren hinausgehen, wird der unentgeltlich abgeschlossene Vertrag sich als Auftrag, der entgeltlich abgeschlossene als Dienstmiete (sic!) qualifizieren."

Was jedoch unter Aufbewahrung zu verstehen ist, wird verschwiegen! Würde Schollmeyer das Wort: „aufbewahren" ebenso definieren wie wir, so würde sich seine Abgrenzung mit der unsrigen ungefähr decken: Jede Pflicht oder Thätigkeit, welche dem Aufbewahrer besonders auferlegt ist, und die über die durch das Gesetz gebotene Sorgfalt hinausgeht, muss als ein **von vornherein** ausgemachter Dienst angesehen werden, und demgemäss würde hier dann ein Dienstvertrag vorliegen, der nach § 611 ff. zu behandeln wäre. — Lotmar findet keinen Unterschied zwischen diesen beiden Verträgen. Er behauptet, der Hinterlegungsvertrag (=Aufbewahrung des B. G.) sei stets auch Dienstvertrag und führt diese „unerhörte Kongruenz" darauf zurück, dass das Kriterium des römischen depositum, die Unentgeltlichkeit, für ersteren Vertrag gänzlich unberücksichtigt geblieben ist. Diese Ansicht darf durch unsre obigen Ausführungen als widerlegt betrachtet werden.

Schliesslich bleibt noch zu untersuchen, welche Stellung der Auftrag zu unserer Frage einnimmt. § 662 des B. G. lautet:

[1]) Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. S. 37.
[2]) Cit. S. 13—15.

„Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen **unentgeltlich** zu besorgen."

Schon im Entwurf I § 585 wird als Gegenstand des Auftrags „das Besorgen eines Geschäfts" hingestellt, jedoch war dieses nicht unentgeltlich, sondern nach § 586 konnte dafür ausdrücklich oder stillschweigend eine Vergütung vereinbart werden. Hier erhob sich nun die Frage: Was ist ein Geschäft, wodurch unterscheidet sich die entgeltliche Geschäftsbesorgung vom Dienstvertrag, ist entgeltliche Geschäftsbesorgung kein Dienst?

Die Motive (zu § 585 S. 526) sagen dazu:

„Verschiedene Ansichten bestehen über die Frage, worin das Wesen des Auftragsvertrages bestehe und durch welches Ausschlag gebende Merkmal sich dieser Vertrag insbesondere von dem Dienstvertrage, bezw. dem Werkvertrage unterscheide. Die Aufgabe, diese Frage zu lösen, entzieht sich der Erledigung durch das Gesetz. Sie fällt in das Gebiet der Wissenschaft, welcher auch ohne Besorgnis diese Lösung überlassen werden kann."

Aus den Worten des B. G. ergiebt sich also, wie hier klar gesagt, gar kein Unterschied zwischen entgeltlicher Geschäftsbesorgung und Dienst, ein solcher soll erst ergründet werden! Und so lange dies nicht gelingt, muss der Gegenstand beider Verträge als gleich erachtet werden.

Weiter sagen die Motive (cit. S. 527):

„Das Wort Geschäft aber lässt nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche und der Sprache des Entwurfs insbesondere die Deutung nicht zu, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu verstehen, eine blosse thatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint wäre. Eine und dieselbe Handlung kann vielmehr

bald Gegenstand eines Mandatvertrages, bald eines Dienstvertrages sein.“

Im Gegenstande sollten also beide Vertragsarten gleich sein, worin lag nun der Unterschied? Man muss wohl annehmen, in **der freien Widerruflichkeit des Auftrages.** Auf diese wurde alles Gewicht gelegt, dergestalt, dass der Auftraggeber gar nicht auf dieselbe sollte verzichten können. (E. I. § 597.) Für die Praxis ist solches Unterscheidungsmerkmal jedoch nicht genügend, denn sie erhält dadurch keine Antwort auf die Frage, ob ein Vertrag über Dienstleistungen gegen Entgelt als widerruflicher oder als unwiderruflicher gemeint ist, nur die grössten und häufigsten Zweifel über die Natur des abgeschlossenen Vertrages würden also bei dieser Regelung nicht ausbleiben.[1]) Deshalb fand diese Begriffsbestimmung des Auftrags heftigen Widerspruch, namentlich Löwenfeld[2]) und Bernhöft[3]) wandten sich mit Recht scharf dagegen, es wurde deshalb, indem man auf das römische Recht zurückgriff bereits im Entwurf II § 593 die Unentgeltlichkeit zum charakteristischen Merkmal des Auftrages erhoben[4]) und der Wortlaut dieses § 593 ging auch in das B. G. über. Das Resultat ist nunmehr: die gleiche Thätigkeit kann sowohl Gegenstand des Dienstvertrages, wie des Auftrages sein, ist dieselbe jedoch gegen eine Vergütung vereinbart worden, so liegt Dienstvertrag vor, ist dieselbe unentgeltlich übernommen, so liegt Auftrag vor[5]) Da der

[1]) Schollmeyer cit. S. 38, 39. Hachenburg, Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden in den „Gutachten aus dem Anwaltstande“ S. 151.

[2]) Cit. S. 866 ff.

[3]) Cit. S. 62, 63.

[4]) Reatz cit. S. 306. A. 1.

[5]) Zustimmend Schollmeyer cit. S. 38. Krückmann cit. § 28. S. 122.

Auftrag demnach stets unentgeltlich ist – hinterherige Gewährung eines Honorars ändert an der Natur des Auftragsverhältnisses nichts[1]) — so gehört er auch nicht unter die Verträge über zu leistende Dienste in unserem Sinne, und wir könnten über ihn hier hinweggehen, wenn nicht der Dienstvertrag in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse zum Auftrage stände. § 675 des B. G. sagt nämlich:

„auf einen Dienstvertrag (oder einen Werkvertrag), der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665—670, 672—674, und wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671, Abs. 2 entsprechende Anwendung".

Geht ein Dienstvertrag also auf eine **Geschäftsbesorgung,** so rückt er nahe an den Auftrag heran, und sind dessen wichtigste Normen auch auf ihn anzuwenden.

Was ist nun unter Geschäftsbesorgung hier zu verstehen? Im Entwurf I fehlt eine dem § 675 B. G. entsprechende Norm, erst in Entwurf II § 606 findet sich eine solche, aber was hier und später unter Geschäftsbesorgung gemeint ist, lässt sich nirgends ersehen. Schollmeyer[2]) lässt diese Frage unentschieden, er meint:

„Möglich, dass sich darin der preussisch-rechtliche Verwaltungsvertrag (§§ 109 ff. I. 14 d. A. L. R.) verbirgt, möglich, dass darunter auch nur die Vornahme von Geschäften rechtlicher Natur (Abschluss eines Vertrages, Kündigung eines Darlehns, Empfangnahme einer Zahlung pp.) gemeint ist. Nur soviel ist zweifellos, dass die

[1]) Reatz cit. S. 306. A 1.

[2]) Cit. S. 40.

Geschäftsbesorgung in § 675 sich mit dem Geschäft in § 662 nicht deckt".

Auch Krückmann,[1]) der mehrfach mit diesem Worte operiert, giebt keine Erklärung dafür. Bunsen[2]) meint: „Eine Geschäftsbesorgung liegt vor, wenn durch die Thätigkeit des Beauftragten (bezw. Dienstverpflichteten) die Beziehungen des Auftraggebers zur Aussenwelt getroffen werden".

Eine andere Ansicht entwickelt Cosack;[3]) er will unter Geschäftsbesorgung solche Verträge verstanden wissen, „welche entweder auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder auf die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührende Thätigkeit — gerichtet sind".

Einen Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht hat jedoch keiner von beiden Schriftstellern erbracht, und deshalb dürften dieselben hier umsoweniger Anerkennung finden, als weder der allgemeine Sprachgebrauch den Sinn, welchen sie in das Wort Geschäftsbesorgung hineinlegen, rechtfertigt, noch auch die Entwickelungsgeschichte des B. G. einen Anhalt für diese Auslegungen bietet.

Wie schon Schollmeyer hervorhob, hat das Wort Geschäftsbesorgung in § 662 und 675 eine ganz verschiedene Bedeutung. Während es in § 662 des B. G., wie wir oben sahen, einen sehr weiten Umfang hat — jede Thätigkeit für einen dritten kann man ein Geschäft nennen — so muss in § 675 B. G. eine erhebliche

[1]) Cit. S. 123, 124.

[2]) Einführung in das B. G. § 81. S. 270.

[3]) Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I. Abt. II. § 143. S. 501.

Beschränkung seines Inhaltes angenommen werden, da sonst dieser Paragraph überhaupt keinen Sinn haben würde. Nach welcher Seite hin muss aber diese Einschränkung stattfinden?

Mir scheint, die Redaktoren haben hier das römische Mandat im Auge gehabt, und Geschäftsbesorgung soll hier die Uebertragung des Wortes Mandatum sein. Wir würden demnach unter Dienstverträgen, welche auf eine Geschäftsbesorgung gehen, die für das römische und gemeine Recht von uns als mandatsähnliche Dienstverträge bezeichneten Verträge zu verstehen haben, also solche, bei welchen ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Kontrahenten wenigstens hinsichtlich des zu leistenden Dienstes besteht. Dies ergiebt sich einerseits aus dem Inhalte der zur Anwendung gelangenden Paragraphen, z. B. § 665, andererseits daraus, dass man bei der Redaktion des Auftragsvertrages von vornherein ein Vertrauensverhältnis im Sinne gehabt zu haben scheint. Denn schon in den Motiven (II S. 531) heisst es: „Die **meisten** Aufträge werden nicht ohne Rücksicht auf das persönliche Vertrauen erteilt, welches der Auftraggeber in den Beauftragten setzt". Demnach würden die in § 675 B. G. citierten Normen über den Auftrag bei allen solchen Dienstverträgen zur Anwendung kommen, wo hinsichtlich des Dienstes ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten nötig erscheint, z. B. wenn ein Student einem Dienstmann aufträgt, gegen eine Vergütung seine goldene Uhr oder Brillantnadel für ihn zu versetzen; hier muss der Student dem Dienstmann in soweit vertrauen, dass letzterer die Verpfändung auch wirklich bewirkt und den Erlös abliefert, nicht aber den Studenten darum betrügt. Aus den vorstehenden

Erörterungen ergiebt sich nun, dass von den im B. G. aufgeführten Verträgen nur der technisch „Dienstvertrag" genannte Vertrag unter das Thema dieser Arbeit gehört. Wenden wir uns nun diesem Vertrage eingehender zu, so ist zunächst zu sagen, dass er, wie die l. c. operarum im römischen Recht, an eine bestimmte Form nicht gebunden ist, es genügt zu seinem Abschluss, dass sich die Parteien überhaupt geeinigt haben. Seinen Inhalt bildet die Vereinbarung von Diensten irgend welcher Art gegen eine Vergütung. Wie wir bereits oben sahen, fallen damit alle Verträge über zu leistende Dienste des römischen und gemeinen Rechts, mögen sie nun Dienstmiete oder unbenannte Dienstverträge heissen, unter diesen Vertrag, ihre Selbständigkeit und Besonderheit haben sie also durchaus verloren, und nur in den § 622 und 627, wo von Diensten höherer Art die Rede ist, wird man leise an den alten Gegensatz von operae liberales und operae illiberales erinnert. Ist nun der Dienstvertrag zu Stande gekommen, so ist der zu den Diensten Verpflichtete gehalten, die Dienste in der vereinbarten Weise zu leisten, und der Berechtigte hat dafür die Vergütung, mag diese ausdrücklich oder stillschweigend (§ 612 B. G.) ausgemacht sein, zu gewähren. Hiermit ist jedoch der Inhalt dieses Vertrages noch keineswegs erschöpft. Aus sozialpolitischen Gründen hat man dem Dienstherrn, Arbeitgeber, Prinzipal, oder wie man den Dienstberechtigten sonst nennen mag, noch besondere Pflichten auferlegt. So hat derselbe in Allem durch Verschaffung geeigneter Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften nach Möglichkeit dafür zu sorgen, dass seine angestellten Arbeiter an Leben und Gesundheit keinen Schaden leiden, auch bei Aufnahme des Dienstverpflichteten in die häusliche Gemeinschaft des

Dienstherrn diejenigen Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind (§ 618 B. G.). Auch der später zu behandelnde § 617, wonach bei Krankheit des Angestellten der Arbeitsherr bis zu sechs Wochen event. die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren hat, gehört hierher.

Ferner ist bei diesem Vertrage noch hervorzuheben, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste in Zweifel in Person zu leisten hat (§ 613 B. G.).

Dienstverträge werden entweder auf bestimmte, oder auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Demgemäss endet ein auf bestimmte Zeit abgeschlossener Vertrag mit Ablauf dieser Zeit (§ 620 B. G.); haben die Parteien nicht ausgemacht, wann das Dienstverhältnis zu Ende sein soll, so entscheiden die §§ 621—625, deren Grundgedanke ist, dass die Kündigungsfrist sich nach den Zeitabschnitten richtet, für welche der Lohn berechnet wird. Eine Ausnahme gilt für die mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, z. B. Lehrer, Erzieher pp., deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältnis vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird; diesen kann nur für den Schluss eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden (§ 622). Aus wichtigen Gründen, z. B. solchen, welche ein grobes Verschulden auf der anderen Seite voraussetzen, kann jederzeit sofort gekündigt werden (§ 626).

Bei Dienstleistungen höherer Art, wo der zur Dienstleistung Verpflichtete nicht in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen steht, ist die sofortige Kündigung auch ohne wichtige Gründe zulässig (§ 627

B. G.). Hervorzuheben bliebe nun ferner noch, dass nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses der Dienstberechtigte dem Dienstverpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstes zu gewähren hat, und dass bei Beendigung eines solchen Dienstverhältnisses der Dienstverpflichtete von dem anderen Teile ein schriftliches Zeugnis über das Dienstverhältnis, dessen Dauer, seine Leistungen und Führung zu fordern berechtigt ist (§ 629, 630 B. G.). Endlich geht in einem Fall der Dienstvertrag fast in einen Auftrag über, sofern nämlich eine Geschäftsbesorgung Vertragsgegenstand ist, und kommen alsdann die in § 675 genannten Paragraphen zur Anwendung.

Damit ist nun ein kurzer Ueberblick über den Dienstvertrag des B. G. gegeben: Im allgemeinen gelten für denselben — wie im gemeinen Recht für Dienstmiete und unbenannte Dienstverträge — die Regeln der römischen l. c. operarum, doch haben diese im B. G. eine reichere Ausbildung und grössere Vertiefung erfahren; dazu sind freilich noch manche gänzlich neue Normen hinzugekommen, z. B. die weitgehende Fürsorge des Dienstherrn für seine Arbeiter, welche sich nur aus unseren modernen wirtschaftlichen Verhältnissen erklären lassen. Doch haben wir hier nunmehr nur noch einen Vertrag, und dieser wird vom 1. Januar 1900 ab für alle Dienstverhältnisse Geltung haben, soweit solche nicht besonders durch Reichsrecht, z. B. Dienstverhältnis der Handlungsgehilfen[1]) geregelt sind, oder hierfür nicht die landesgesetzlichen Vorschriften[2]) in Geltung bleiben.

[1]) Neues Handelsgesetzbuch § 59 ff.
[2]) z. B. für Gesinderecht. E. Gesetz z. B. G. Art. 95.

II. Abschnitt.

Die Gefahrfrage.

A. Die Gefahrtragung bei der l. c. operarum und den unbenannten Dienstverträgen im römischen und gemeinen Recht.

a) das Prinzip.

1. das periculum des conductor.

§ 5.

aa) die in der Litteratur vertretenen Ansichten.

Aus den bisherigen Erörterungen geht hervor, dass wir bei einer Untersuchung über zu leistende Dienste nur auf die für die locatio conductio operarum geltenden Regeln bezw. den Dienstvertrag des B. G. einzugehen haben. Beide Verträge gehören zu den sogenannten synallagmatischen Verträgen, d. h. jeder von beiden Kontrahenten ist zugleich Gläubiger und Schuldner, hat also eine bestimmte Leistung zu gewähren. Derartige Verträge setzen sich eigentlich aus zwei Obligationen zusammen, aber beide sind in soweit von einander abhängig, als der eine Kontrahent bei vertragswidriger Nichtleistung nicht die Gegenleistung verlangen kann. Wie aber stellt sich nun das Verhältnis dar, wenn dem einen Kontrahenten **ohne** sein Verschulden, d. h. durch Zufall, die Leistung ganz oder teilweise unmöglich wird? Hier entsteht immer ein materieller Schaden. Aber wer trägt solchen durch Zufall zu befürchtenden Vermögensnachteil, d. h. wer trägt die Gefahr des Zufalls? Dies für die l. c. operarum und den Dienstvertrag des B. G. zu untersuchen, soll die weitere Aufgabe unserer Arbeit sein.

Der Mieter der Dienste, conductor, trägt die Gefahr, wenn er trotz kasueller Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Dienste nicht von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreit wird. Für die Frage, wann und wieweit er die Gefahr trägt, sind folgende Quellenstellen in Betracht zu ziehen:

1. l. 19. § 9. D. 19, 2. cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat, decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: Cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.

2. l. 38. p. D. 19, 2. Paulus libro singulari regularum: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas non praestet.

3. l. 38. § 1. D. 19, 2. Advocati quoque si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent.

4. l. 19. § 10. D. 19, 2. Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.

5. l. 4. D. 1, 22. Papinianus libro quarto responsorum: Diem functo legato Caesaris salarium residui temporis, quod a legatis praestitutum est, debetur, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt; diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.

Die unter 3, 4, 5 angeführten Stellen gehören streng genommen nicht zu der l. c. operarum, da es sich hier nicht um operae illiberales handelt, wie die Worte honoraria, salarium, die nur bei operae liberales gebraucht werden,

beweisen. Da sie jedoch mit Ausnahme der l. 4. D. 1, 22, welche nur die ergänzte l. 19. § 10. D. 19, 2 ist, unter dem Titel locati conducti stehen, so sind sie auch hier zu berücksichtigen. Auf Grund dieser aufgeführten leges haben sich nun die mannigfachsten Ansichten gebildet, von denen die wichtigsten hier zu beachten sind.

Die weitgehendste Haftung legt dem conductor Carl Fuchs auf. Dieser stellt[1]) den allgemeinen Satz auf: die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, gilt als erfüllt, die Handlung also als vorgenommen, wenn dieselbe ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist. Da nun in obigen Quellenstellen stets hervorgehoben, dass der locator an der Nichtleistung der Dienste keine Schuld trage, so behauptet er, die Leistung müsse, gleichviel ob der casus in der Person des Mieters oder Vermieters sich ereigne, als erfüllt gelten. Daher habe der Vermieter stets ein Recht auf die Gegenleistung, mithin trage der **Mieter** stets die Gefahr. Da jedoch die Fiktion, die Leistung sei erfüllt, auf der aequitas basiert, so erhält der Mieter event. eine Einrede, „dass der Vermieter seine Dienste anderweit untergebracht habe, also einen Schaden nicht erlitten habe". Diese Einrede müsse der Vermieter gelten lassen, „denn wer selbst einen Anspruch aus der aequitas herleitet, muss diese auch gegen sich statuieren!"

Die Fuchs'sche Ansicht ist entschieden zurückzuweisen, denn ein solches allgemeines Prinzip, wie er es annimmt, giebt es im römischen Rechte nicht. — Fuchs ist durch den Kaufvertrag auf seinen als Regel hingestellten Satz gekommen: Das römische Recht sagt, sobald der Kaufvertrag perfekt geworden, trägt der Käufer die kasuelle

[1]) Archiv für civilist. Praxis B. 34. S. 112.

Gefahr der gekauften Sache, d. h. „es werde fingiert, der Käufer hätte bereits erfüllt", und er hat daher, auch wenn die Sache vor der Tradition kasuell zu Grunde geht, Anspruch auf den vollen Kaufpreis.

Da nun, wie Fuchs[1]) selbst sagt, der Kauf grade das Rechtsgeschäft ist, bei dem die römischen Juristen die Lehre vom periculum ex professo erörtert haben, so verallgemeinert er diesen Satz und stellt sein obenerwähntes Prinzip auf.

Aber schon Fr. Mommsen[2]) hat sich gegen seine Ansicht erklärt. Zwar wendet auch er, um den obigen Satz über den Kauf zu erklären, die Fiktion an, die kasuelle Unmöglichkeit stehe in der Wirkung der Erfüllung gleich, will diese aber nicht auf alle Rechtsverhältnisse ausgedehnt wissen. Er findet, es sei dem Kaufvertrag wesentlich, dass sofort nach seiner Perfektion erfüllt werden **konnte**; geschah dies nicht, so sei dies etwas Zufälliges und rechtlich Einflussloses, für das der Verkäufer nicht haftbar sei, wohl aber der Käufer, der sich sogleich habe erfüllen lassen können.[3]) Der Käufer hat also nach seiner Meinung die Erfüllung verzögert, und deshalb muss er auch die Gefahr tragen. Daraus schliesst Mommsen weiter, dass diese Regel nur da Anwendung finden könne, wo weder die Natur des Geschäfts noch die Natur der Leistung, deren Beschaffung durch die kasuolle Unmöglichkeit gehindert ist, einer sofortigen Erfüllung entgegenstand.[4])

[1]) Cit. S. 117.

[2]) Beiträge zum Obligationenrecht, B. I. S. 347 ff.

[3]) Cit. S. 350.

[4]) Cit. S. 352.

Fehlen demgemäss diese Voraussetzungen, wie hier bei der Dienstmiete, wo die Obligation nicht sofort mit ihrem Abschluss erfüllt werden kann, so ist auch die obige Fiktion von der Erfüllung naturgemäss ausgeschlossen.

Schränkt nun Mommsen diese Fiktion bedeutend ein, so verwirft sie Windscheid[1]) mit Recht ganz und gar. Er kommt zu der Ansicht, der Abschluss des Kaufvertrages sei die Erfüllung.

„Verkaufen heisse", so sagt er, „erklären, dass ein anderer die Sache haben soll. Verkaufen heisst nicht versprechen einem anderen seine Sache geben zu wollen. Wer verkauft, übernimmt nicht die Verpflichtung, sich der Sache entäussern zu wollen, sondern er entäussert sich ihrer" und zwar durch die Erklärung. Hat sich nun der Verkäufer der Sache entäussert, „so hat der Käufer die Sache in seinem Vermögen", wenn sie auch noch nicht in seinem Besitz ist.

Daher hat der Verkäufer nicht mehr die freie Verfügung über die Sache, er kann nur mit dem Willen des Käufers darüber disponieren, und deshalb kann es der Billigkeit nicht entsprechen, wenn er den durch casus hervorgerufenen Schaden tragen soll.

Gilt nun der Satz, „kasuelle Unmöglichkeit steht der Erfüllung gleich", nicht einmal vom Kaufvertrage, von dem er hergeleitet wird, so kann er auch nicht als allgemeines Prinzip aufgestellt werden, wie Fuchs dies thut.

Auch für die Dienstmiete besonders ist seine Geltung nicht bewiesen, wenn Fuchs ihn auch deutlich in den Quellen ausgesprochen findet. Denn ganz unter dem

---

[1]) Kritische Zeitschrift für die ges. Rechtswissenschaft II. S. 136 ff.

Einflusse des von ihm aufgestellten Satzes stehend findet er in den Worten: si per eum non steterit, si per eos non steterit, quia per ipsum non steterat, cum per te non stetisset, quominus nur die Schuldlosigkeit der Verpflichteten an der Unmöglichkeit der Leistung ausgesprochen und legt somit einen anderen Sinn hinein, als dieselben, wie wir unten sehen werden, in Wirklichkeit haben.

Sollte nach der soeben widerlegten Ansicht der conductor stets die Gefahr tragen, sofern den locator nur keine Schuld trifft, so trägt nach der Meinung anderer der conductor nur die Gefahr, wenn der casus in seiner Person oder in seinen Verhältnissen eintrat. Diese Auffassung vertritt unter anderen auch Arndts.[1]) Er sagt: „Der Vermieter der Dienste hat die actio locati auf Zahlung des Dienstlohns und Erfüllung etwaiger Nebenleistungen, auch wenn die Dienste dem Mieter unnütz oder durch einen nicht die Person des Mieters betreffenden Zufall vereitelt worden sind, ausgenommen sofern dieser durch anderweite Vermietung seiner Dienste Entschädigung gefunden hat". Findet sich hier ein bedeutender Fortschritt gegen die Meinung von Fuchs, so wird hier doch unbestimmt gelassen, wie weit der conductor die Gefahr trägt. Falls der locator seine Dienste wieder vermietet, so ist ja klar, dass der frühere conductor ihm die merces zahlt, bis zu dem Zeitpunkt, wo er seinen neuen Dienst antritt. Wie ist es aber, wenn der locator seine Dienste nicht wieder vermietet? Hier muss er nach Arndts immer die merces für die ganze Mietzeit erhalten! Also auch, wenn den locator später ein casus trifft, der ihn hindern würde, die event. Dienste zu leisten.

[1]) Pand. § 314.

Der Müller A. hat z. B. den B. auf drei Monat als Mahlknecht gemietet. Einige Tage nach seinem Dienstantritt geht die Mühle durch eine Ueberschwemmung zu Grunde, sodass der A. die Dienste des B. nicht mehr gebrauchen kann. Nach Arndts muss nun B., der keine andere Stelle findet, den ganzen Lohn für die drei Monat erhalten!

Bald darauf wird der Mahlknecht B. gelähmt, so dass er überhaupt keine Dienste mehr leisten kann. Diese Lähmung ist ein casus in der Person des locator, den er selbst tragen müsste. Wäre die Ueberschwemmung nicht eingetreten, und B. in der Mühle beschäftigt gewesen, so hätte A. dem B. den Lohn nur bis zur Zeit der Lähmung zu zahlen gehabt, für die übrige Zeit wäre er von der Lohnzahlung befreit gewesen. Da jedoch der casus in den Verhältnissen des conductor A. zuerst eingetreten, so muss er nun den casus des locator B. gleichfalls tragen, was entschieden der Billigkeit nicht entspricht!

Also führt auch diese Ansicht zu keinem genauen Resultat!

Noch weiter als Arndts schränkt die Haftpflicht des conductor für Zufall der bereits herangezogene Fr. Mommsen ein. Dieser unterscheidet zwischen faktischen und rechtlichen Hindernissen, je nachdem der Grund der Unmöglichkeit in einem Naturgesetz oder in einer Rechtsregel liegt, und kommt nach eingehender Interpretation der obigen Quellenstellen zu folgendem Resultat:[1])

„der locator operarum kann im Fall einer ohne sein Verschulden eintretenden Unmöglichkeit der Leistung keine Gegenleistung für diejenigen Dienste, die er nicht geleistet hat, in Anspruch nehmen, ist jedoch berechtigt,

---

[1]) Cit. S. 362.

das **Interesse**, welches er an der Leistung der Dienste hatte, von dem Mieter zu verlangen . . . . . ., wenn der Mieter durch faktische, seine Person betreffende Hindernisse ausser Stand gesetzt war, die Leistung anzunehmen.

Hieraus ergiebt sich, dass der Vermieter namentlich dann weder die Gegenleistung noch das Interesse in Anspruch nehmen kann, wenn die kasuelle Unmöglichkeit in den Verhältnissen der Sache, auf welche die Dienste dem Vertrage zufolge sich beziehen sollten, ihren Grund hat, z. B. wenn jemand gedungen ist, gegen Tagelohn das in einer bestimmten Scheune aufbewahrte Getreide zu dreschen, und die Scheune mit dem Getreide abbrennt, ohne dass dem Arbeitsherrn in dieser Beziehung ein Verschulden zur Last fällt."

Hat diese Ansicht zunächst viel Bestechendes, so lässt sie sich bei näherer Prüfung doch nicht aufrecht erhalten. So kann der Unterschied von rechtlichen und faktischen Hindernissen aus den Quellen nicht begründet werden, und Mommsen selbst lässt ihn[1]) auf Windscheids Einwendungen[2]) wieder fallen. Ferner fände sich, ganz abgesehen davon, dass nur die Person des conductor treffende Hindernisse den letzteren haftpflichtig machen sollen, hier eine völlig singuläre Regel über Interesseleistung, welche auch aus den Quellen nicht nachgewiesen werden kann. Nur für Verschulden oder Arglist soll sonst das Interesse geleistet werden und hier soll der schuldlose Mieter dem Vermieter das Interesse zahlen?[3]) Zudem findet sich in der l. 19. § 9. D. 19. 2 gradezu

[1]) Cit. III. S. 423.

[2]) Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. II. S. 139.

[3]) Aehnlich Kohler in Iherings Jahrb. XVII. S. 357.

der Ausdruck fidem contractus **impleri** aequum est. Mommsen versucht zwar diese Worte seinem Prinzip anzupassen, aber man muss sich doch an den Wortlaut halten, und nach diesem ist nicht das Interesse, sondern die Gegenleistung zu prästieren. Kein Schriftsteller weiter, mit Ausnahme noch von v. Holzschuher,[1]) hat deshalb hier eine Interesseleistung angenommen, vor allem hat sich auch Windscheid dagegen erklärt, er sagt:[2]) „Hat der locator die bedungenen Dienste dem conductor zur Disposition gestellt, so hat er seine Verbindlichkeit erfüllt", und demnach muss der Mieter auch zur **Gegenleistung** verpflichtet sein. Hiergegen kann man mit Mommsen[3]) aber immer noch sagen: „Es kann nicht zugegeben werden, dass darin, dass die Dienste zur Disposition gestellt werden, schon eine Leistung derselben, eine Erfüllung der Verbindlichkeit, liegen soll. Auch würde dann die Konsequenz dahin geführt haben, dem Vermieter der Dienste in dem gedachten Fall einen Anspruch auf die ganze Gegenleistung zu geben, während ihm ein Anspruch auf die Gegenleistung nur insoweit eingeräumt ist, als er durch die Verhinderung der Erfüllung einen Schaden erlitten hat, d. h. insoweit sein Interesse reicht".

In Folge dessen formulierte Windscheid seine Ansicht später in seinem Lehrbuche[4]) dahin, dass er sagt: „dagegen geht der Vermieter des Anspruchs auf die Gegenleistung dadurch nicht verlustig, dass der Mieter die ihm

---

[1]) Theorie und Kasuistik des gem. Civilrechts III. Kap. IV, S. 254.

[2]) Cit. S. 139.

[3]) Cit. III. S. 423.

[4]) Pand. II. § 401.

zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt, gleichgültig, ob mit, oder ohne seine Schuld, und vorausgesetzt nur, dass der Vermieter seine Dienste nicht anderweitig in entsprechendem Masse verwertet hat". Aber auch diese Fassung ist nicht geeignet, obigen Einwurf Mommsens zu entkräften, denn hierin hat er immer noch nicht gesagt, weshalb der locator grade die **Gegenleistung** zu beanspruchen hat. — Auf den Mommsen'schen Erörterungen baut weiter Löwy.[1]) Auch er unterscheidet zwischen rechtlichen und thatsächlichen Hindernissen und nimmt ebenso wie es auch Mommsen thut — was von uns bisher noch nicht erwähnt — jedoch viel bestimmter als dieser in unserer Frage Uebereinstimmung der Dienstmiete mit der Sachmiete an. Doch hat er die „Interesseleistung" Mommsen's fallen lassen und gewährt dem locator die Gegenleistung, auch beschränkt er die Haftung des conductor nicht nur auf die die Person desselben treffenden Zufälle. Er sagt:[2])

„der Vermieter ist immer dann zur Forderung des Mietgeldes berechtigt, wenn er seine Arbeitskraft in der geforderten Weise zur Disposition gestellt hat, der Mieter aber auf Grund irgend eines auf seiner Seite liegenden Zufalls, sei es, dass er seine Person, sei es, dass er die zu bearbeitende Sache betroffen hat, verhindert ist, von den Diensten Gebrauch zu machen . . . . . Dagegen befreit den Mieter der Umstand, dass der Arbeiter während der fraglichen Zeit seine Dienste anderweitig verwertet hat, oder ohne dolus oder Lässigkeit hätte verwerten können."

[1]) Löwy, die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen.

[2]) S. 89 cit.

Jedoch gilt dieser Satz nur für ein durch den Zufall hervorgerufenes **thatsächliches** Hindernis, bei einem rechtlichen Hindernis bekommt der locator keine Gegenleistung.

Was zunächst die Unterscheidung von rechtlichen und thatsächlichen Hindernissen betrifft, welche Löwy bei allen hierher gehörigen Schriftstellern, ausser Mommsen, vermisst, so ist schon oben hervorgehoben worden, dass Mommsen selbst diese hat fallen lassen: die Quellen erwähnen nichts davon, denn auch aus der von beiden Juristen herangezogenen l. 4. D. 1, 22 lässt sie sich nicht herleiten, wie wir unten bei der Interpretation dieser Stelle sehen werden.

Sodann eignet sich Löwy den Windscheid'schen Ausdruck: „wenn der Vermieter seine Arbeitskraft zur Disposition gestellt hat" an, der ebenfalls bereits oben nicht als einwandsfrei angenommen werden konnte.

Weiter behauptet Löwy für unsere Frage Uebereinstimmung der für die Sachmiete geltenden Regeln mit denen der Dienstmiete. Ohne auf die Richtigkeit dieser Behauptung im Allgemeinen hier eingehen zu wollen, ist ja anzuerkennen, wenn die für einzelne Rechtsinstitute geltenden Regeln vereinigt und unter einen höheren Gesichtspunkt gebracht werden, aber in dem vorliegenden Falle ist dies doch in wenig glücklicher Weise geschehen, da Löwy sich in einem circulus bewegt.

Behufs Regelung der Gefahrfrage für die Sachmiete zieht er nämlich die l. 19. § 9. D. 19, 2 heran:

„die Stelle spricht zwar nur von der l. c. operarum, aber die analoge Ausdehnung des darin ausgesprochenen Grundsatzes auf die Sachmiete erscheint aus inneren Gründen geboten".[1])

[1]) Löwy cit. S. 86.

Nachdem er dann hierdurch sein Prinzip für die Sachmiete gefunden, sagt er weiter[1]):

„für die Dienstmiete wird auf Grund ihrer nahen Verwandtschaft mit der Sachmiete der Schluss nicht nur nahe gelegt, sondern beinahe zu einem zwingenden gemacht, dass die Unmöglichkeit der Erfüllung hier wie dort den gleichen Normen unterliegt".

Er überträgt also die Norm der Dienstmiete auf die Sachmiete und von der letzteren alsdann als etwas angeblich Neues weiter wieder auf die Dienstmiete zurück.

Im übrigen ist es natürlich selbstverständlich, dass bei etwaigem Fehlen besonderer Normen für die Dienstmiete auf die Sachmiete, aus welcher sie ja hervorgegangen ist, zurückgegriffen wird.

Als weitere Ansicht ist hier diejenige von Dernburg und Karlowa anzuführen. Ersterer sagt[2]):

„der Arbeitsherr hat das Recht des Rücktritts nach Analogie der Sachenmiete, wenn er die Dienste aus **ausserhalb seiner Person liegenden Gründen** nicht annehmen kann. Bleibt dem Vermieter durch die Nichtannahme seiner Dienste freie Zeit, so kann ihm auf seine Lohnforderung angerechnet werden, was er inzwischen in gleicher Art verdient hat, oder wenigstens leicht verdienen konnte".

Karlowa[3]) äussert sich in gleichem Sinne:

„Kann der conductor aus in seiner Person liegenden Gründen die Dienste nicht annehmen, so muss er dennoch die merces zahlen, es müsste denn sein, dass der locator grade für die Zeiten, für welche er seine

[1]) S. 87 cit.

[2]) Pand. II. § 112. S. 302.

[3]) Römische Rechtsgeschichte II. S. 644.

Arbeiten dem conductor zur Verfügung gestellt hatte, dieselben zu gleichem Betrage durch anderweitige Vermietung verwertet hätte".

Beide Schriftsteller wollen also sofern der Zufall nicht die Person des conductor, sondern seine Verhältnisse trifft, dem locator die Gegenleistung nicht gewähren. Dernburg beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf die Analogie der Sachenmiete. Aus den oben citierten Quellenstellen, welche grade von der Dienstmiete handeln, ergiebt sich jedoch, wie wir später sehen werden, dass der conductor, auch wenn der Zufall nicht in seiner Person eintritt, in vielen Fällen die Gegenleistung dem locator zu gewähren hat.

Karlowa[1]) gründet seine Meinung auf die Worte: „quod si fluor impedierit pro rata computare debebit", welche sich auf einem Formular der Siebenbürgischen Wachstafeln finden.[2])

Erscheint es nun hier von vornherein schon misslich, für das römische Recht einen Rechtssatz heranzuziehen, der ausserhalb der Justinianischen Kodification steht, so tritt noch als weiteres Bedenken hinzu, dass man nach dem Zusammenhang der Stelle das „quod si fluor impedierit" gar nicht so allgemein als ein ausserhalb der Person des conductor, doch in seinen Verhältnissen liegendes Hindernis — z. B. der zu bearbeitende Acker ist überschwemmt — aufzufassen braucht, sondern auch annehmen kann, dass der fluor in den **Verhältnissen des locator** eintrat, — z. B. er will zur Arbeit gehen, aber der Fluss vor seiner Wohnung, den er, um auf den Arbeitsplatz zu gelangen,

[1]) Cit. S. 644.

[2]) Bruns, fontes juris Romani antiqui. ed. tertia, S. 191.

passieren muss, ist übergetreten und so geschwollen, dass er sein Haus nicht verlassen und den Arbeitsplatz nicht erreichen kann — und in solchen Fällen lässt auch Karlowa den locator die Gefahr aus einem anderen Grunde tragen, denn er sagt (S. 644 cit.) „für die Zeiten, während welcher der locator wegen in seiner Person, **seinen Verhältnissen** liegender Gründe die operae nicht leisten kann, kann er auch keinen Lohn beanspruchen. l. 38. D. 19, 2. l. 19. § 9 cit.“

Wir sehen, dass keine der bisher angeführten Ansichten völlig zu befriedigen vermochte, gegen jede liessen sich Einwendungen erheben, ja einige mussten sogar als gänzlich falsch zurückgewiesen werden. Das Prinzip, welches den Quellenentscheidungen zu Grunde liegt, scheint mir nur Puntschart[1]) klar ausgesprochen zu haben: Der locator hat, sofern ein Zufall die Leistung der Dienste verhindert, Anspruch auf die **Gegenleistung**, aber nur, soweit die effective Leistungsbereitschaft desselben reicht.[2]) Damit ist gesagt, so lange der locator seine Dienste für den conductor bereit hält, kann er seine Arbeitskraft nicht in anderer Weise verwerten, er ist in sofern vom conductor abhängig, als er stets gewärtig ist, dass seine Dienste vom conductor in Anspruch genommen werden. Damit hat der locator seine Arbeitskraft thatsächlich in den Dienst des conductor gestellt und seine Arbeitskraft dem conductor geopfert, also seine Verpflichtung erfüllt, ob letzterer dagegen die gemietete Arbeitskraft benutzen will, steht in seinem Belieben. Wird nun durch Zufall

[1]) Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, S. 414.

[2]) Fast gleiche Ansicht vertritt Kohler (Iherings Jahrb. XVII. S. 64), jedoch leiht er derselben keinen so prägnanten Ausdruck.

dem conductor die Annahme der Dienste ganz oder teilweise unmöglich, so wird auch dadurch das Dienstverhältnis nicht gewaltsam gelöst, sondern der locator kann ruhig an dem Dienstvertrag festhalten und seine Arbeitskraft bereit halten, und dadurch erwirbt er eben ein Recht auf die Gegenleistung. Wird dem locator jedoch das Bereithalten der Dienste durch Zufall unmöglich, z. B. die Dienste werden an sich, objectiv, unmöglich, oder er verfällt in eine langwierige Krankheit, so kann auch von Leistungsbereitschaft nicht mehr die Rede sein, und von diesem Augenblick ab braucht ihm der conductor auch die merces nicht mehr zu zahlen.

Ferner ist dem locator auch ein Rücktrittsrecht vom Vertrage gegeben, falls die Dienste wegen casus nicht angenommen werden. Er braucht seine Dienste dann nicht mehr bereit zu halten, aber von dem Augenblick an, wo er dies nicht mehr thut, — mag er seine Dienste anderweit verwerten oder nicht — erhält er keine merces mehr.

§ 6.

Fortsetzung: Quelleninterpretation.

Dass diese Ansicht mit den Quellen übereinstimmt, ist in Folgendem nachzuweisen, und zwar sind zunächst l. 19. § 9. h. t. u. l. 38. p. cit., die von der reinen l. c. operarum handeln, heranzuziehen.

Der erste Fall ist folgender: Aquila hatte einen Stenographen auf ein Jahr gemietet und ihm für diese dauernde Dienstleistung den Lohn in bestimmten Raten (mercedes) zu zahlen versprochen.

Bald nach dem Antritt des Dienstes starb der conductor Aquila. Der Stenograph wurde deshalb entlassen, ohne dass er die merces für die ausgemachte Zeit erhielt. Er richtete nun am Ende des Jahres (dies folgt aus „non eodem anno accepisti") ein libellus an den Kaiser, um die merces für das Jahr zu bekommen. Der Inhalt dieses libellus lässt sich leicht vermuten. Da der Stenograph die merces haben wollte, so musste er auch sein Anrecht darauf begründen, und dies wird er folgendermassen gethan haben: das Dienstverhältnis war bereits zu Stande gekommen, als Aquila starb (locasset — deinde decessisset), also hatte er Anspruch auf Vertragserfüllung. Nach Lage seiner konkreten Verhältnisse würde er, wenn der locator am Leben geblieben wäre, diesem die bedungenen Dienste während des vereinbarten Zeitraums geleistet haben, **er sei also stets effectiv leistungsbereit** gewesen.

In seinem Rescript wiederholt nun der Kaiser die Begründung nicht, sondern weist darauf mit den Worten zurück: „cum per te non stetisse proponas, quominus locatas operas A. Aquilae solveres", d. h. da du bereit zur Leistung warst, - und giebt dann den Bescheid „fidem contractus impleri aequum est, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti", wenn du keinen Lohn — natürlich für geleistete Dienste — von einem anderen empfangen hast. Die letzten Worte scheinen überflüssig zu sein, denn wenn die Dienste des exceptor dem Aquila stets zur Verfügung gestanden hätten, sofern er noch gelebt hätte in dem betr. Jahr, so kann der exceptor doch seine Dienste nicht anderweit vermietet haben. Mir scheint, diese Worte sind mit Rücksicht auf das „proponas" hinzugefügt; cum proponas heisst: „da du angiebst", diese Angabe braucht

aber nicht richtig zu sein. Nur wenn sie richtig ist, und dies zeigt sich zumeist erst, si mercedes ab alio non accepisti eodem anno — soll die Entscheidung des Kaisers Platz greifen. Die Beurteilung dieses Falles beruht auf der Billigkeit (aequum est). Beide, der conductor wie der locator sind schuldlos an der Nichtverwirklichung der Dienste, aber da der Zufall den locator an sich nicht hindert, die ausgemachten Dienste zu leisten, er persönlich vielmehr fähig und bereit dazu ist und bleibt, so soll er auch nicht darunter leiden, er soll keinen Schaden davon haben, dass der conductor die Dienste nicht annehmen kann.

Findet jedoch der locator andere Verwendung für seine Dienste, so ist er nicht mehr leistungsbereit für seinen früheren Dienstherrn, und er erhält von diesem Zeitpunkt an keine Gegenleistung mehr. In der vorliegenden Stelle ist also klar ausgesprochen: So lange der locator wirklich leistungsbereit ist und bleibt, hat er auch die Gegenleistung zu erhalten.

Zu einem anderen Resultat kommt, wie oben erwähnt, Fuchs. Er betrachtet die Worte „cum per te non stetisse proponas", für die er übrigens — ich weiss nicht aus welchem Grunde — schreibt „cum per te non stetisset", für sich allein, ohne den Zusammenhang, in dem sie stehen, zu beachten, und dann kann man allerdings auch die Bedeutung darin finden, die er gefunden und verteidigt, nämlich nur die Schuldlosigkeit des locator an der Nichtverwirklichung der Dienste. Mommsen[1]) will der Entscheidung dieser lex — einmal abgesehen von seiner Unterscheidung zwischen faktischen und rechtlichen Hindernissen

[1]) Cit. S. 355.

— nur für die Fälle Geltung beilegen, wo der casus die **Person** des conductor betraf. Diese Einschränkung geht jedoch unseres Erachtens viel zu weit, denn man darf aus den Worten: „si per eum (d. h. locatorem) non stetit" nicht den **conträren** Gegensatz „si per **conductorem** stetit", neben dem noch andere Gegensätze bestehen, herleiten, sondern man muss, wenn man überhaupt e contrario argumentieren will, den **contradictorischen** Gegensatz hervorziehen, und dieser lautet: si per eum (d. h. locatorem) stetit, d. h. nach unserer Auffassung, wenn er **nicht** leistungsbereit war. Man muss der l. 19. § 9. cit. also für alle Fälle Geltung beilegen, wo der locator leistungsbereit war, der conductor aber, wegen irgend eines, nicht bloss seine Person treffenden Zufalls die Dienste nicht annehmen konnte.

Auch die l. 38. p. D. h. t. ist in demselben Sinne zu interpretieren, wie die l. 19. § 9 cit. Sie sagt, der Vermieter der Dienste erhält den Lohn für die ganze Zeit, si per eum non stetit, quominus operas praestet. Bei dieser allgemeinen Fassung will Fr. Mommsen daraus keine über die l. 19. § 9 hinausgehende Schlüsse ziehen, da „diese Stelle aus dem liber singularis regularum des Paulus genommen ist, und dessen kurze Regeln nicht immer sehr sorgfältig und genau abstrahiert sind".[1])

Er legt ihr deshalb in seinem Sinne nur für die Fälle Geltung bei, wo der conductor aus in seiner Person liegenden Gründen die Dienste nicht annimmt.

Auch wir schränken jene Regel ein, aber weitergehend auf alle Fälle, wo der conductor die Dienste nicht annimmt, oder annehmen kann, der locator jedoch bereit

[1]) Cit. S. 362.

und fähig ist, die Dienste zu leisten. Paulus, von dem diese Regel stammt, sagt l. 1. D. 50, 17: „non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat". Demnach wird er obige Regel auch ex jure, d. h. aus verschiedenen Rechtsfällen abgeleitet haben; und zu diesen wird auch die von Ulpian stammende l. 19. § 9 cit. gehört haben, da ja doch Ulpian ein Zeitgenosse von ihm war.

Ausserdem ist nicht anzunehmen, dass die Worte „per aliquem stare quominus praestet" in den beiden leges einen verschiedenen Sinn haben sollten. Demnach würde die Stelle so aufzufassen sein: Der Vermieter der Dienste erhält den Lohn für die ganze Zeit, wenn er leistungsbereit war, also aus auf Seiten des Mieters liegenden Gründen die Nichtleistung erfolgte. Solche Gründe sind nun entweder der Wille des Mieters — er will von den gemieteten Diensten keinen Gebrauch machen, dies steht in seinem Belieben und selbstverständlich muss er den Lohn zahlen — oder er ist irgendwie kasuell verhindert, die Dienste anzunehmen.

Der erste Fall ist natürlich, er braucht deshalb nicht hervorgehoben zu werden, also bleibt nur der zweite übrig, wo der Mieter durch irgend welchen casus verhindert ist, von den gemieteten Diensten Gebrauch zu machen. Ferner ist das „totius temporis mercedem accipere debet" so zu erklären, dass der locator nur, sofern er seine Dienste nicht anderweit vermietet, Lohn, merces, bekommt. Dies liegt in den Worten „si per eum non stetit", welches nach unserer Erklärung heisst: „wenn er leistungsbereit war". Wenn er nun leistungsbereit ist, so kann er seine Arbeitskraft nicht in den Dienst eines dritten stellen, dies würde seiner Leistungsbereitschaft widersprechen.

Es war in l. 19. § 9 eigentlich schon unnötig, noch besonders hervorzuheben: „si mercedes ab alio non accepisti", da dies schon aus dem Begriffe der Leistungsbereitschaft zu ersehen ist, und so ist es hier in der kurzen Regel als selbstverständlich weggelassen. Also auch in dieser Stelle finden wir unser Prinzip klar ausgesprochen, nämlich der locator erhält die Gegenleistung, so lange als er effektiv leistungsbereit ist.

Die noch übrigen Stellen handeln, wie schon oben bemerkt, nicht von der locatio conductio, da es sich hier nicht um operae illiberales handelt.

Betrachten wir zunächst l. 38. § 1. D. h. t., so fällt in die Augen, dass sie durch quoque an die zuvor erwähnte regula juris angeschlossen ist; für die Advokaten gilt also dasselbe Prinzip, wie es in der regula enthalten, nur wird es noch besonders hervorgehoben, weil sie das Honorar schon im Voraus bekommen.

Im Widerspruch damit scheint jedoch l. 1. § 13. D. 50, 13 zu stehen: „Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit, mercedem (sic!) repeti, quia per ipsum non steterat quominus causam ageret". Mommsen[1]) hilft sich damit, dass er hier keine l. c. operarum annimmt, und sich demgemäss mit diesen Stellen nicht weiter befasst. Aber wie wir früher gesehen, wurde der Vertrag mit den Advokaten analog der l. c. operarum behandelt, und deshalb dürfen diese Stellen hier nicht übergangen werden. Löwy[2]) will hier, ohne jedoch seine Meinung weiter zu begründen, ein Sonderrecht der Advokaten annehmen.

[1]) Cit. S. 361/2.
[2]) Cit. S. 90.

Puntschart löst diesen Widerspruch dahin auf, dass er sagt, die l. 38. § 1 gebe, weil sie gleich an die regula angeknüpft ist, einen Satz des jus commune und verstände demnach unter Advokaten solche, die unter dem jus commune standen, nicht aber jene, die sich in späterer Zeit eines sie auszeichnenden jus singulare erfreuten. Auf Letztere — wohl solche, die dem numerus clausus angehörten (statuti) — sei die l. 1. § 13. D. 50, 13 zu beziehen. Diese Erklärung giebt Puntschart auf Grund der eingehenden Forschungen Bethmann-Hollweg's, und sie dürfte deshalb auch wohl manches für sich haben.

Andrerseits dürfte aber dieser angebliche Widerspruch aus den Worten der l. 1. § 13. D. 50, 13 selbst zu lösen sein, denn in dieser Stelle steht das Wort: „steterat", also ein Plusquamperfektum, und demgemäss würde die Stelle, welche offenbar aus einem Reskript, ohne auf den Zusammenhang Rücksicht zu nehmen, herausgerissen ist, folgenden Sinn haben: Severus verbot, dass von den Erben **des Advokaten** (also handelte es sich um einen ganz bestimmten Fall), nachdem derselbe gestorben war, die merces zurückgefordert wurde, weil es **bei ihm nicht gestanden hatte**, den Prozess nicht zu führen; er war also bei seinen Lebzeiten bereit und fähig gewesen, die verlangten Dienste zu leisten, aber andere Hindernisse, die jedoch **seine Leistungsbereitschaft** nicht beeinflussten, hatten die Prozessführung unmöglich gemacht. Nachdem er nun darüber hingestorben, soll das Honorar nicht zurückgefordert werden dürfen, da er ja stets leistungsbereit gewesen war. Nach dieser Auslegung dürfte ein Widerspruch mit der l. 38. § 1. h. t. überhaupt nicht bestehen; auch die l. 11. C. 4, 6 würde für unsere Auffassung sprechen. Dagegen galt eine ganz singuläre

Bestimmung für den patronus fisci, das ist nach Puntschart[1]) der Vorsteher der Korporation der immatrikulierten Advokaten. Er bezog ein bedeutendes Jahresgehalt und dies wurde seinen Erben für das ganze Jahr, in welchem er gestorben war, noch ausbezahlt (l. 15. § 1. C. 2, 7).

Es bleiben uns nun noch die l. 19. § 10. h. t. und deren Ergänzung l. 4. D. 1, 22 zu prüfen übrig.

Die Grundlagen sind fast dieselben wie in dem Falle des exceptor, und deshalb hat wohl Ulpian auch beide Stellen zusammengestellt, nur handelt es sich hier nicht um operae illiberales. Mommsen[2]) und Löwy[3]) nehmen an, dass der Dienstvertrag zwischen den Legaten und den comites dem öffentlichen Recht angehört, während Puntschart[4]) darin ein rein privatrechtliches Dienstverhältnis sieht. Das Richtige liegt wohl in der Mitte. Die comites sind keine unmittelbaren Staatsbeamte, sondern sie haben einen Dienstvertrag mit den Legaten geschlossen, sodass sie nicht dem Kaiser oder dem Staate direkt, sondern nur den Legaten für ihre Dienstleistung verantwortlich sind. Doch haben die Legaten nicht als Privatpersonen, sondern in ihrer Stellung als öffentliche Beamte die comites engagiert; demgemäss wird ihr Dienstverhältnis analog einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu beurteilen sein, soweit nicht eben der Umstand, dass nicht mit Privatpersonen, sondern mit öffentlichen Beamten als solchen der Vertrag abgeschlossen ist, dem entgegensteht. Im allgemeinen sind also auch auf dieses Verhältnis die Normen der l. c. operarum anzuwenden, und deshalb ist

[1]) Cit. S. 423. A. 1.
[2]) Cit. S. 358.
[3]) Cit. S. 89.
[4]) S. 419. cit.

die Stelle hier zu erörtern. Die l. 19. § 10 cit. sagt: Nach dem Tode des Legaten sollen die comites das salarium für die übrige Zeit, für die sie verpflichtet sind, erhalten, sofern sie nicht comites bei anderen in dieser Zeit waren.

Die comites würden nun stets leistungsbereit gewesen sein, wenn der Legat noch lebte, daher ist es billig, dass sie auch das volle salarium erhalten. Finden sie jedoch bei einem dritten Stellung, so erhalten sie von diesem ihr Honorar, da sie ihre Dienste jetzt diesem widmen. Also auch hier findet sich unser Prinzip klar ausgesprochen. Die l. 4. D. 1, 22 fügt noch hinzu „diversum in eo servatur qui successorem ante tempus accepit". Diese Ergänzung betrifft den Fall, wo der Legat vor der Zeit abberufen wird, aber sogleich einen Nachfolger erhält. Während im Falle des Todes des Legaten dessen Amt geraume Zeit unbesetzt ist — denn bis die Nachricht von seinem Tode nach Rom gelangt und von dort aus ein anderer Beamter geschickt wurde, dürfte bei den schwierigen Verkehrsverhältnissen der damaligen Zeit eine unverhältnismässig lange Zeit hingegangen sein — tritt hier keine Unterbrechung der Amtsführung ein. Beide Fälle sollen nun einer verschiedenartigen Behandlung unterliegen. Windscheid[1]) sagt, im zweiten Falle solle der abberufene Legat aus Billigkeitsrücksichten von der Zahlung des Lohnes an die comites entbunden sein, und meint, dies sei eine ähnliche Bestimmung, als wenn es bei uns hiesse, dass ein versetzter Beamter aus der Hausmiete austreten dürfe.

Von irgend welchen Billigkeitsrücksichten ist jedoch in unserer Stelle nichts gesagt.

---

[1]) Krit. Zeitschr. f. d. g. R. II. S. 138.

Mommsen[1]) und Löwy[2]) verwenden diese Stelle zur Begründung der von ihnen gemachten Unterscheidung von thatsächlichen und rechtlichen Hindernissen, welche der Leistung entgegenstehen, und behaupten, dass auf Grund eines rechtlichen Hindernisses, welches der Dienstannahme entgegenstehe — und solches ist die Abberufung des Legaten unzweifelhaft —, ein Anspruch des locator auf die Gegenleistung ausgeschlossen sei!

Dass der Anspruch auf Gegenleistung für die comites ausgeschlossen sei, ist jedoch in der l. 4. D. 1, 22 garnicht gesagt. Der Sinn dieser lex ist vielmehr folgender: Die comites erhalten im Falle des Todes des Legaten, wenn also dessen Amt unbesetzt und demnach die Annahme ihrer Dienste unmöglich ist, das salarium, sofern sie nicht anderen in dieser Zeit ihre Dienste geleistet haben, d. h. ihrerseits effektiv leistungsbereit waren. Anders jedoch ist es, wenn der Legat vor der Zeit abberufen wird und sogleich einen Nachfolger erhält, hier tritt überhaupt keine Dienstunterbrechung ein, die comites können demnach gar nicht für andere thätig sein, denn sie haben dem neuen Legaten ihre Dienste zu leisten.

Besonders hervorgehoben wird dieser Fall, weil hier ein öffentlich rechtliches Moment mitspielt. Wenn sonst nach Abschluss eines Vertrages einer der Kontrahenten stirbt, oder ihm sonst die Vertragserfüllung unmöglich wird, so kann ein beliebiger dritter nicht ohne weiteres an Stelle des Verhinderten in den Vertrag eintreten, es bedarf dazu — ausgenommen für den Erben — eines neuen Vertrages. Hier jedoch hat der Legat nicht als

[1]) Cit. S. 358.
[2]) Cit. S. 90.

Privatperson, sondern in seiner amtlichen Eigenschaft den Vertrag mit den comites abgeschlossen, und somit ist dieser Vertrag auch weiterhin bindend, wenn in der Person, welche dieses Amt inne hat, ein Wechsel eintritt.

Auf eine verschiedene Behandlungsweise, wenn das Hindernis, welches der Annahme der Dienste entgegensteht, ein thatsächliches oder rechtliches ist, kann also aus unserer Stelle nicht geschlossen werden, und auch sonst kennt das römische Recht einen solchen Unterschied nicht. Mommsen selbst, der ihn in das römische Recht hineingetragen, giebt[1]) zu, dass er hierin zu weit gegangen sei, und auch Löwy kann einen überzeugenden Beweis dafür nicht erbringen.

Der Inhalt der Worte „diversum in eo habetur pp.“ ist also: die comites leisten ihre Dienste dem Nachfolger des Legaten für die festgesetzte Zeit und erhalten dann hierfür das ausgemachte Honorar.

Der oben bei der Durchsicht der verschiedenen Meinungen mehrfach gefundene Unterschied, ob der Zufall in der Person oder in den Verhältnissen des conductor eintrat, ist von uns nicht gemacht worden, und ist auch gar nicht nötig zu berücksichtigen, denn in den Quellen ist stets gesagt „si non per eum (d. h. locatorem) stetit“ d. h., wie wir sahen, wenn und solange der locator leistungsbereit bleibt, hat der conductor die merces zu zahlen. Die Gewährung der merces an den locator darf also nicht auf solche Fälle eingeschränkt werden, wo der Zufall nur die Person des conductor traf, sondern alle Zufälle, mögen sie nun die Person des conductor, seine Verhältnisse, die zu bearbeitende Sache treffen oder sonstwie sich

---

[1]) III. cit. S. 432.

ereignen, haben die Haftung des conductor in der eben angegebenen Weise zur Folge, sofern nur trotzdem der locator effektiv leistungsbereit bleibt.

Hiermit sind auch die Schriftsteller, welche einer gegenteiligen Meinung huldigen, widerlegt, mit Ausnahme von Karlowa, welcher, wie bereits oben erwähnt, die in den Siebenbürgischen Wachstafeln sich findenden Worte „quod si fluor impedierit, pro rata computare debebit" zur Begründung seiner Ansicht heranzieht.[1]) Aber ganz abgesehen davon, dass die Formulare dieser Tafeln nur lückenhaft überliefert sind, sind diese Worte nicht geeignet, unsere Ansicht umzustossen, lassen sich derselben vielmehr ohne Schwierigkeiten anpassen. Als Prinzip ergab sich aus allen bisher erörterten Quellenstellen **übereinstimmend**, dass der locator Anspruch auf die merces hat, soweit er bei Unmöglichkeit der Annahme der Dienste effektiv leistungsbereit bleibt. Demgemäss ist auch anzunehmen, dass dem Redaktor jenes Formulars dieses Prinzip, welches sich stets in den stereotypen Worten „si per eum (d. h. locatorem) non stetit" ausdrückte, bekannt war, und so dürfen wir wohl die Worte „quod si fluor impedierit" nur als eine Unterabteilung oder ein Beispiel für das „si per eum non stetit" auffassen, und dann würde unsere Stelle heissen: soweit der fluor den locator hinderte, leistungsbereit zu sein, soweit bekommt er auch die merces nicht.

Trifft der casus die zu bearbeitende Sache, sodass sie zu Grunde geht oder verschlechtert wird, so trägt diesen in das Sachenrecht fallenden Nachteil natürlich der conductor, denn der Zufall ereignet sich in seinen Verhältnissen,

[1]) Karlowa, cit. S. 644.

die er beherrscht, die von seinem Willen abhängig sind, und für die er daher auch einstehen muss; casum sentit dominus!

Als Resultat dieser ganzen Erörterung ergiebt sich also Folgendes: Der conductor trägt die Gefahr stets, sobald es ihm durch eintretenden Zufall unmöglich ist, die gemieteten Dienste sich leisten zu lassen, jedoch nur soweit, als die effektive Leistungsbereitschaft des locator reichte.

Noch eine andere Frage, die den Umfang der Gefahrtragung betrifft, ist hier kurz zu behandeln, nämlich: Ist der locator, wenn der conductor seine Dienste nicht annehmen kann, verpflichtet, sich nach einem neuen Erwerb umzusehen, oder kann er unter dem Vorwande, er sei stets leistungsbereit für den conductor, den Lohn von diesem für die bedungene Zeit sich zahlen lassen, ohne dass er irgend etwas arbeitet?

Der locator hat sich bei dem Dienstvertrag darauf verlassen, dass seine Dienste für die ganze bedungene Zeit in Anspruch genommen würden, und sich darauf eingerichtet, diese bestimmte Zeit dem locator zu dienen; er ist also für diese ganze Zeit leistungsbereit, hat damit seine Verbindlichkeit erfüllt und kann seine merces fordern. Der Mietvertrag beruht jedoch auf der bona fides, und daher muss auch der aequitas Rechnung getragen werden. Es ist aber unbillig, wenn der conductor einen Schaden erleiden soll zum Vorteil des locator, wenn letzterer den Schaden abwenden konnte. Dies ist der Fall, wenn der locator andere Verwertung seiner Dienste findet, diese aber nicht annimmt, da er ja seine merces ohne Arbeit erhält.

Braucht der locator sich also auch nicht nach anderer Arbeit umzusehen, so ist es doch dolos von ihm

gehandelt, wenn sich ihm Gelegenheit bietet, seine Dienste anderweit zu verwerten, d. h. den conductor vor weiterem Schaden zu bewahren, und er diese Gelegenheit nicht benutzt. Handelt der locator so dolos, so ist es unseres Erachtens billig, dass der conductor von weiterer Bezahlung befreit wird, andernfalls jedoch muss er für die bedungene Zeit voll bezahlen. Eine ähnliche Stellung nehmen Mommsen[1]) und Löwy[2]) ein, denn auch sie wollen den conductor von der Lohnzahlung befreien, wenn der locator ohne seinen dolus oder seine Nachlässigkeit seine Dienste anderweit hätte verwerten können. Tritt jedoch der locator einfach vom Vertrage zurück, sobald der conductor seine Dienste nicht verwendet, so bekommt er vom Zeitpunkte des Rücktritts keine merces mehr, da seine Leistungsbereitschaft aufhörte.

---

§ 7.

2. das periculum des locator.

Trägt der locator die Gefahr, so bedeutet das, dass er die Möglichkeit, seine Dienste zu leisten, verliert und auch keine Gegenleistung bekommt.

Die Quellen führen keine hierher gehörigen Normen an, und solche werden auch kaum vermisst werden, da hier keine Zweifel herrschen können. Der locator hat, wenn nichts anderes besonders bestimmt ist, erst Anspruch auf die merces, wird also erst Gläubiger, wenn er seine Arbeitskraft in den Dienst des conductor gestellt hat. Wenn also ein casus ihn hindert, leistungsbereit zu sein,

[1]) Cit. I. S. 356.

[2]) Cit. S. 89.

so hat er auch kein Recht auf Lohn, ihn trifft der Nachteil, nichts verdienen zu können. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob der Zufall in der Person, oder in den Verhältnissen des locator eintrat, dies ist unwesentlich, sondern das ist das Entscheidende, ob er leistungsbereit bleibt oder nicht. So hört seine Leistungsbereitschaft auch auf, wenn die Dienste, die er leisten sollte, objektiv unmöglich, z. B. durch ein Gesetz verboten werden, hier ist es ihm bei allen Fähigkeiten und allem Willen nicht möglich, die Dienste rechtmässig zu leisten, und er erhält demgemäss auch selbstverständlich keine merces. Hat er schon einen Teil seiner Dienste geleistet, als der casus seine Leistungsbereitschaft hinderte, so hat er natürlich Anspruch auf einen entsprechenden Teil der merces, denn der locator ist auf eine bestimmte Zeit gemietet, und diese sowie deshalb auch die Leistung sind teilbar; soviel Teile der Dienstzeit er arbeitet, einen entsprechenden Teil der merces hat er auch zu beanspruchen. Erhält er Stücklohn, so erhält er die merces für die hergestellten Stücke.

Trifft der casus das Handwerkszeug, das Geräte, mit dem er die Dienste verrichtet, so trägt er die Gefahr in gleicher Weise, da er sich dieses selbst beschafft, und hierdurch dazu beigetragen wird, dass er leistungsbereit ist. Den in das Sachenrecht fallenden Nachteil bei Vernichtung oder Verschlechterung der Werkzeuge hat natürlich auch der Arbeiter zu tragen; für die l. c. operis ist dies allgemein anerkannt,[1]) aber auch wohl für die l. c. operarum dürfte der gleiche Grundsatz massgebend sein.[2]) Wird

[1]) l. 2. § 1. D. 14, 2; ferner Kierulff, Entscheidungen d. O. A. G. zu Lübeck 1866. II. S. 421.

[2]) Windscheid § 401. A. 1b.

ihm das Werkzeug ausnahmsweise geliefert, so trägt er natürlich auch nicht dessen Gefahr.

Diese Sätze bedürfen jedoch noch insofern einer Modifikation, als bei Dienstleistungen, die auf eine längere Dauer gemietet sind, eine kurze Unterbrechung wohl nicht zu einer Lohnverkürzung berechtigt. Beweisbar durch besondere Quellenstellen ist dies nicht, aber man darf wohl annehmen, dass derselbe Billigkeitssatz, der bei der l. c. rei angewandt wird, auch analog auf die l. c. operarum auszudehnen ist. l. 27. p. D. 19, 2 bestimmt, dass für eine kleine Unbequemlichkeit des cenaculum vom habitator deshalb kein Abzug von der merces gemacht werden darf. Auch die Worte: si paucis diebus prohibuit deinde poenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, **nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet** (l. 24. § 4. D. 19, 2) könnten hier herangezogen werden. Darnach darf wohl auch der conductor, wenn die Unterbrechung des Dienstes eine geringe ist, dieserhalb einen Lohnabzug nicht machen.

Aus diesen Ausführungen ergiebt sich demnach, dass der locator die Gefahr des Zufalls insoweit zu tragen hat, als dadurch seine Leistungsbereitschaft aufhört oder doch erheblich beeinträchtigt wird.

§ 8.

b. die Anwendung des Prinzipes im heutigen gemeinen Recht.

Fassen wir das Resultat unserer Erörterung über die Gefahrfrage noch einmal kurz zusammen, so ist zu sagen: der Dienstherr trägt die Gefahr des Zufalls insoweit, als trotz des Zufalls die effektive Leistungsbereitschaft

des Dienstpflichtigen ohne dessen dolus oder arge Nachlässigkeit bestehen bleibt; der Dienstpflichtige dagegen trägt die Gefahr, sobald durch den Zufall seine Leistungsbereitschaft aufgehoben wird. Diese Regel gilt, soweit nicht durch Reichs- oder Landesgesetze besondere Bestimmungen getroffen sind, sowohl für dauernde, als auch für vorübergehende Dienstleistungen.

Was zunächst die ersteren betrifft, so hat also der **Dienstherr**, falls der Vertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, bei Leistungsbereitschaft des Dienstpflichtigen die Gefahr event. für die ganze ausgemachte Zeit — falls der Vertrag auf eine unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, dagegen meist nur für die geltende Kündigungsfrist zu tragen, denn sobald er die Dienste des Dienstpflichtigen nicht mehr verwenden kann, wird er von seinem Kündigungsrechte Gebrauch machen. Die Dauer der Kündigungsfrist bestimmt der Vertrag, das Gesetz (z. B. Neues Handelsgesetzbuch § 66 ff.), oder die Uebung; in Ermangelung dessen ist sie durch richterliches Ermessen festzustellen.[1])

Trägt hier der Dienstpflichtige die Gefahr, so ist der ihn treffende Nachteil durch moderne Gesetze aus sozialpolitischen Gründen für einzelne Fälle insoweit verringert, als ersterer nicht sofort mit Aufhören der Leistungsbereitschaft der Gegenleistung verlustig geht, sondern dieselbe noch für eine bestimmte Zeit weiter erhält. So sagt z. B. § 63 des neuen Handelsgesetzbuches:

„Wird der Handlungsgehilfe durch unverschuldetes Unglück an der Leistung der Dienste verhindert, so behält er seinen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt jedoch nicht über die Dauer von sechs Wochen hinaus".

[1]) Dernburg II. § 112. S. 301.

Ferner gilt unser Prinzip von der Gefahrtragung des Zufalls auch für vorübergehende Dienstleistungen: derjenige, von dem die Dienste verlangt werden, bekommt, sofern ein Zufall die Dienste vereitelt, die Gegenleistung nur, wenn er effektiv leistungsbereit ist. Wird z. B. ein Arzt zu einem Schwerkranken gerufen, und als er eben das Krankenzimmer betritt, stirbt dieser, so erhält der Arzt doch die Gegenleistung, sein Honorar für den Krankenbesuch, er trägt nicht die Gefahr, da der Zufall an seiner Leistungsbereitschaft nichts änderte.

Anders liegt der Fall, wenn der Arzt einen nötigen Krankenbesuch machen will und wird unterwegs durch ein plötzlich eintretendes Unwohlsein daran gehindert: hier vereitelt der Zufall seine Leistungsbereitschaft, daher bekommt er die Gegenleistung nicht, also trägt er die Gefahr.

Es erübrigt sich nun noch, festzustellen, welchen Standpunkt die Praxis in unserer Frage einnimmt, stimmt sie mit unserem allein durch Interpretation der römischen Quellen gefundenen Prinzip überein, oder neigt sie einer hiervon abweichenden Lösung der Gefahrfrage zu?

Hierauf ist zu antworten, dass ebenso wie in der Theorie so auch in der Praxis die mannigfachsten Ansichten vertreten sind, doch scheint neuerdings in letzterer die Meinung immer mehr Beifall und Anerkennung zu finden, dass der Dienstpflichtige bei Vereitelung der Dienste durch Zufall die Gegenleistung nur insoweit erhält, als er trotzdem bereit und fähig ist, die Dienste zu leisten, also nach unserem Ausdrucke, soweit seine effektive Leistungsbereitschaft reicht.

Von früheren oberstrichterlichen Erkenntnissen ist hier zunächst eines anzuführen, welches in Seuffert's

Archiv Band VI. No. 191 abgedruckt ist. Hier heisst es unter Berufung auf l. 19. § 9 und 10. l. 38. D. 19, 2:

„Denn schon nach römischem Recht konnte ein solches nicht durch den Vermieter seiner Dienstleistungen herbeigeführtes Ereignis (NB.! welches die Leistung der Dienste unmöglich machte! D. Verf.) denselben um seinen Anspruch aus dem Vertrage bringen."

Aehnlich heisst es auf Grund der oben citierten Quellenstellen in einem Lübecker Erkenntnis vom Jahre 1864[1]):

„Nach gemeinem Recht ist bei der l. c. operarum der Mieter, auch wenn er von den gemieteten Diensten keinen Gebrauch macht, desungeachtet zur Zahlung des vollen kontraktlich festgesetzten Lohnes verpflichtet, sobald das Hindernis in der Benutzung des Mietsobjekts nicht lediglich von dem Vermieter herbeigeführt ist."

In der letzten Stelle ist der Ausdruck „in der Benutzung des Mietsobjekts" nicht ganz klar, namentlich da der Thatbestand bei Seuffert nicht angegeben ist, doch darf man wohl mit Recht annehmen, da ausdrücklich von der l. c. operarum die Rede ist, dass damit die zu bearbeitende Sache, die Sache, an welcher die Dienstleistung erfolgen soll. gemeint ist. In beiden Stellen wird demnach dem Vermieter der Dienste die Gegenleistung zugesprochen, **sofern er an der Nichtleistung der Dienste schuldlos** ist, — eine Ansicht, die in der Theorie Carl Fuchs vertrat, und welche früher von uns als falsch zurückgewiesen ist.

Eine zweite Ansicht, die etwa derjenigen der früher erwähnten von Arndts entsprechen würde, findet

---

[1]) Seuffert B. XIX. No. 226.

sich in einem Erkenntnis des A. G. und O. A. G. zu Dresden vom Jahre 1850[1]) ausgesprochen.

Hier handelte es sich um eine von einer Privatgesellschaft veranstaltete Elbfahrt, welche jedoch nicht ausgeführt werden konnte, weil das Schiff ein Leck erhielt. Es wurde entschieden, dass der locator den Lohn nicht verlangen konnte, aber auch die Gesellschaft nichts zu beanspruchen hatte. Diese Entscheidung wurde jedoch nach Analogie der auf die Sachmiete bezüglichen Normen gefällt, die l. 38. D. 19, 2, in welcher man nur die Schuldlosigkeit des Vermieters ausgedrückt fand, wurde **absichtlich** nicht angewandt, obwohl sich doch grade aus ihr nach unserer Auffassung derselben die getroffene Entscheidung glänzend gerechtfertigt hätte.

Wie bei Dernburg, Karlowa und in einem gewissen Sinne auch bei Mommsen die Haftung des Mieters nur auf in **seiner Person** eintretende Zufälle beschränkt wird, so ist dies auch schon früher in einem Erkenntnis des O. A. G. Cassel vom Jahre 1845 geschehen[2]):

„Beklagter, (d. h. Mieter) ist unter Umständen, die durch seinen eignen freien Willensentschluss herbeigeführt worden sind **oder doch in seiner Person sich ereignet haben**, wenn er von den Diensten des Klägers (d. h. Vermieters) keinen Gebrauch machen will oder kann, nach l. 19. § 9 und 10 und l. 38 D. 19, 2 so lange zur Fortzahlung des versprochenen Lohnes verpflichtet, als Kläger nicht in ein anderes Dienstverhältnis . . . . . getreten ist.“

[1]) Seuffert Band VI. No. 31.

[2]) Seuffert VIII. No. 253.

Dass diese Haftung eine viel zu enge ist und den angeführten Quellenstellen durchaus nicht entspricht, ist bereits früher ausführlich dargelegt worden.

In allen diesen Entscheidungen ist ferner stets von einer Gegenleistung, niemals von „Interesseleistung" die Rede; die vor allem von Mommsen vertretene Auffassung scheint aber auch später durchaus keinen Anklang gefunden zu haben; ja in einer Entscheidung d. O. A. G. zu Braunschweig vom Jahre 1889[1]) wird sie sogar bekämpft, denn dort heisst es ausdrücklich:

„für subjektive durch den Mieter verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung der Dienste haftet Mieter mit der Gegenleistung, **aber nicht auf das Interesse des Vermieters**"

und was für Verschuldung nicht einmal gilt, kann erst recht nicht für Zufall gelten!

Wie schon oben hervorgehoben, scheint in neuerer Zeit die auch von uns vertretene Ansicht in der Praxis immer mehr an Boden zu gewinnen, wonach sich die Gefahrtragung nach der effektiven Leistungsbereitschaft des Vermieters bezw. des Dienstpflichtigen regelt. So will das O. G. zu Wolfenbüttel bereits in einem Erkenntnis vom 19. Januar 1864[2]) dem Vermieter — im vorliegenden Falle einem ohne Kündigung entlassenen Tagelöhner — für die vierteljährliche Kündigungsfrist den Lohn zuerkennen, da er zur Kontraktserfüllung bereit war, sofern er nicht durch sein Verhalten dem Mieter gerechte Veranlassung zum Rücktritt gab.

Ebenso ist das Moment der Leistungsbereitschaft in einem Urteil des obersten Gerichtshofes zu Wien

[1]) Seuffert Band XLVI. No. 256.
[2]) Seuffert Band XX. No. 2.

vom 13. Januar 1891[1]) hervorgehoben. Ein Handlungsgehilfe war ohne Kündigung entlassen und beanspruchte den Lohn für die Kündigungsfrist. Da er aber bereits nach einigen Tagen eine andere Stelle antrat, so war er von da an nicht mehr leistungsbereit für den früheren Dienstherrn und wurde ihm demgemäss nur der Lohn bis zum Antritt der neuen Dienststelle zuerkannt.

Handelt es sich nun in diesen Fällen auch nicht um eine Vereitelung der Dienste durch Zufall, sondern war dieselbe auf den Willen des Dienstherrn zurückzuführen, so steht doch der Grund für die Weiterzahlung des Lohnes, nämlich die Leistungsbereitschaft des Dienstpflichtigen, in durchaus keinem ursächlichen Zusammenhange mit dem Willen des Dienstherrn, und es ist daher mit Sicherheit anzunehmen, dass hier ein allgemeines Prinzip zum Ausdruck gebracht werden sollte, welches in jedem Falle der Unmöglichkeit der Dienste, also auch bei **zufälliger Unmöglichkeit**, bei Beurteilung der Lohnfrage anzuwenden ist.

Ausdrücklich mit klaren Worten ausgesprochen ist dieses Prinzip für durch **Zufall** veranlasste Unmöglichkeit der Dienste in einem Reichsgerichtsurteil vom Jahre 1880.[2]) Ein Bauernvogt wollte, als durch eine neue Landgemeindeordnung die Stellung eines Bauernvogts erloschen war, den Genuss der ihm beigelegten Dienstemolumente nicht aufgeben und namentlich die Bauernvogtsdienstkoppel nicht herausgeben. Das Reichsgericht nahm an, dass das Dienstverhältnis des Bauernvogts unter die

[1]) Seuffert, Band XXXXVII. No. 42.

[2]) R. G. III. No. 51. S. 179 ff.

Normen der Dienstmiete falle und stellte für die Gefahrtragung bei letzterer den nachfolgenden Grundsatz auf:

. . . . . „darnach ist in der Regel davon auszugehen, dass der Mieter der Dienste zur Zahlung der Gegenleistung nur verpflichtet sei, wenn und soweit die Leistung der Dienste wirklich erfolgt ist und davon eine Ausnahme nur dann zugelassen, **wenn der Vermieter im Stande und bereit ist, die Dienste zu leisten,** der Mieter aber durch ohne Verschulden des Vermieters eingetretene Hindernisse verhindert ist, von den angebotenen Diensten Gebrauch zu machen, oder keinen Gebrauch davon machen will, vorausgesetzt, dass der Vermieter seine Dienste nicht anderweit vermietet hat".

Hiermit ist nun gesagt, dass der locator bei kasueller Unmöglichkeit der Dienste nur insoweit Anspruch auf die Gegenleistung hat, als er effektiv leistungsbereit ist und bleibt.

Dieses Erfordernis lag aber hier durchaus nicht vor, denn der Vermieter, der Bauernvogt, war durchaus nicht im Stande, die vermieteten Dienste zu leisten und dem Mieter zur Verfügung zu stellen, da durch die veränderte Gesetzgebung die von dem Bauernvogt geleisteten Dienste überhaupt weggefallen, bezw. anderen Organen übertragen sind.[1]) Es liegt also eine objektive Unmöglichkeit der Dienste vor, welche eine effektive Leistungsbereitschaft ausschliesst. Der frühere Bauernvogt hatte daher keine Ansprüche mehr auf die Gegenleistung und daher auch die zur Bauerndienstkoppel gehörigen Ländereien herauszugeben.

---

[1]) Cit. S. 183.

Begründet wird diese Ansicht mit den Normen über die Sachmiete, welche bei der Dienstmiete analog anzuwenden seien. Erst in zweiter Linie wird auf die Quellenstellen über die Dienstmiete zurückgegriffen, und diese werden in ähnlicher Weise wie bei Mommsen einer einschränkenden Interpretation unterworfen. Dass nun die Normen über die Sachmiete auch für die Dienstmiete anzuwenden seien, kann nicht ohne Weiteres als richtig anerkannt werden, sondern müsste bewiesen werden, dies ist hier jedoch nicht geschehen, sondern es ist nur auf die nahe Verwandtschaft der Dienstmiete mit der Sachmiete hingewiesen.

Dagegen ergeben sich die zur Anwendung gebrachten Regeln, wie oben nachgewiesen, direkt aus den über die Dienstmiete und den Dienstvertrag handelnden Quellenstellen allein, was jedoch das Reichsgericht nicht gefunden hat. Immerhin ist jedoch das Resultat dasselbe, wie wir es in den Quellen gefunden haben, und da bisher eine gegenteilige Entscheidung seitens des Reichsgerichts nicht ergangen ist, so ist wohl mit Recht anzunehmen, dass die Praxis auch weiterhin in unserer Frage der Regel folgt:

Wenn bei Verträgen über zu leistende Dienste, die Dienste durch Zufall unmöglich werden, so trägt der Dienstherr die Gefahr insoweit, als trotzdem der Dienstpflichtige effektiv leistungsbereit bleibt; und zwar, wie wir wohl mit Rücksicht auf unsere früheren Ausführungen hinzufügen dürfen, ohne dass letzterem dadurch dolose Handlungsweise oder arge Nachlässigkeit zur Last fällt. Der Dienstpflichtige dagegen trägt die Gefahr, sobald durch den Zufall seine Leistungsbereitschaft aufgehoben wird.

B. Gefahrtragung bei dem Dienstvertrage des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 9.

Was nun die Gefahrfrage im B. G. angeht, so kommen zunächst folgende Paragraphen in Betracht:

1. § 323. Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung.
2. § 615. Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart, oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.
3. § 616. Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismässig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer

auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Hiernach ist für das B. G. dasselbe Prinzip massgebend, wie für das römische und gemeine Recht. Es kommt auf die **effektive Leistungsbereitschaft** des Dienstverpflichteten an; so lange diese für die ausgemachte Dienstzeit vorhanden ist, bekommt der Verpflichtete die vereinbarte Vergütung.

Nach den angezogenen Paragraphen sind drei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Zufall betrifft äussere Verhältnisse, die Dienste werden an sich, objektiv, unmöglich.
2. Der Zufall tritt auf Seiten des Berechtigten ein, sodass er diese Dienste nicht annehmen kann.
3. Der Zufall trifft den Verpflichteten, es ist ihm unmöglich, die vereinbarten Dienste zu leisten.

Im ersten Falle kann von Leistungsbereitschaft nicht die Rede sein, und deshalb kann auch keine Vergütung gewährt werden. Hier trägt der Verpflichtete die Gefahr, er verliert die Gelegenheit zur Arbeit und bekommt auch die Gegenleistung nicht.

Der zweite Fall ist im Gesetz (§ 615) nicht besonders hervorgehoben, sondern in dem allgemeinen Begriff des **Annahmeverzuges** enthalten. Denn unter Verzug versteht das B. G. nicht nur ein **Verschulden** des Gläubigers, sondern es lässt ihn unserer Meinung nach stets in Verzug geraten, wenn er die ihm angebotene Leistung aus irgend einem Grunde, gleichviel ob mit oder ohne Schuld, nicht annimmt. (§ 293).

Schon die Motive zu E I (II zu § 254) bestätigen dies, indem sie sagen:

„Der Entwurf sieht von einem Verschulden des Gläubigers als einer Voraussetzung der mora creditoris ab. Der Gläubiger kann sich gegen die Wirkung des Verzuges auch nicht durch den Nachweis mangelnder Verschuldung insbesondere **zufälliger** Verhinderung an der Annahme schützen (S. 68). — Es genügt die nackte Thatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung des Gläubigers“ (S. 69), —

und diese Auffassung muss auch, da der Wortlaut der bezw. Paragraphen (254 E I und 293 B. G.) derselbe geblieben ist, die Auffassung des B. G. sein.[1])

Demnach muss auch der Fall, wo der Berechtigte durch Zufall verhindert ist, die an sich möglichen Dienste anzunehmen, dem § 615 unterstellt werden: Der Verpflichtete erhält bei kasueller Unmöglichkeit der Annahme der Dienste die Gegenleistung, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein, jedoch nicht uneingeschränkt, sondern abzüglich dessen, was er infolge des Unterlassens der Dienstleistung erspart, oder durch anderweite Verwendung seiner Dienste erwirbt.

Welches ist nun der Grund für diese Einschränkung? Offenbar derselbe wie im römischen und gemeinen Rechte. Wenn der Dienstverpflichtete nicht die nötigen Aufwendungen macht, also etwas erspart, oder seine Dienste anderweitig verwendet, so ist er nicht mehr vollständig bereit und fähig, dem ursprünglich Berechtigten gegenüber

---

[1]) Ebenso Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. S. 152 oben. Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. S. 256. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Abt. II. § 144. S. 507. Krückmann cit. S. 203. Jacobi, Lehre vom Dienstvertrag, im Archiv für bürgerl. Recht. IV. S. 149.

den Vertrag zu erfüllen; es fehlt die effektive Leistungsbereitschaft bezw. dieselbe ist stark herabgemindert, und demgemäss muss auch die Gegenleistung in Fortfall kommen, oder verhältnismässig herabgesetzt werden.

Ferner soll ihm aber auch angerechnet werden nach § 615, was er zu erwerben böswillig unterlässt. Auch dies stimmt mit dem römischen und gemeinen Rechte überein. Wir hatten für letzteres früher die Frage aufgeworfen, ob der Vermieter bei kasueller Unmöglichkeit der Annahme der Dienste verpflichtet sei, sich nach einem neuen Erwerbe umzusehen, oder ob er unter dem Vorwande, stets leistungsbereit zu sein, den Lohn für die bedungene Zeit sich zahlen lassen könne, ohne irgendwie zu arbeiten — und die Antwort gefunden, es sei dolos von dem Vermieter gehandelt, wenn sich ihm Gelegenheit bietet, seine Dienste anderweit zu verwerten, d. h. den Mieter vor weiterem Schaden zu bewahren, und er diese Gelegenheit nicht benutzt; in diesem Falle sollte der Mieter von weiterer Lohnzahlung befreit sein. Diesen Rechtssatz spricht nun auch § 615 am Schluss expressis verbis aus.

Wenden wir uns nun dem dritten Falle zu — der Zufall trifft den Dienstverpflichteten — so ist aus § 616 e contrario zu schliessen, dass der Verpflichtete die Vergütung nur insoweit erhält, als er im Stande ist, die Dienste zu leisten, also leistungsbereit bleibt. Doch soll derselbe Billigkeitssatz, den wir für das römische und gemeine Recht gefunden, auch hier, und zwar kraft positiver Gesetzesvorschrift, Anwendung finden: Der Verpflichtete soll die Gegenleistung auch dann erhalten, wenn er **für eine nicht erhebliche Zeit** durch einen seine Person treffenden Zufall an der Dienstleistung verhindert wird. Aber offenbaren Vorteil zum Schaden des Berechtigten soll er

hieraus nicht ziehen, deshalb wird hinzugefügt: Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.

Das Ergebnis ist also bisher: Der Dienstberechtigte trägt die Gefahr stets, wenn es ihm durch eintretenden Zufall unmöglich wird, die Dienste anzunehmen, jedoch nur insoweit, als die effektive Leistungsbereitschaft des Verpflichteten reicht.

Der Dienstverpflichtete dagegen trägt die Gefahr des Zufalls, soweit dadurch seine effektive Leistungsbereitschaft aufhört, oder erheblich beeinträchtigt wird.

Dieses Prinzip ist jedoch nach zwei Seiten hin durchbrochen worden, und zwar durch die Paragraphen 617 und 626.

§ 617 bestimmt:

„Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbsthätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist. Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden. Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden. Wird das Dienstverhältnis wegen der

Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses ausser Betracht. Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist".

Handelt es sich hier auch nicht um die vereinbarte Vergütung, so erhält der Verpflichtete doch immerhin eine Zuwendung, auf welche er eigentlich keinen Anspruch hat; ein rechtlicher Grund lässt sich dafür nicht finden, da dieser Leistung eine Gegenleistung nicht gegenüber steht, und nur rein soziale Momente sind hier von Einfluss gewesen.

Wichtiger ist der § 626, er lautet:

„Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt".

Was jedoch ein wichtiger Grund ist, wird im Gesetz nicht gesagt, sondern wird dem richterlichen Ermessen überlassen. Es wird deshalb nicht nur ein grobes Verschulden pp., sondern auch ein Zufall, der die Leistung oder Annahme der Dienste vereitelt, als ein „wichtiger Grund" angesehen werden müssen[1]), und damit auch die Lehre von der Gefahrtragung zum grossen Teil hinfällig werden, da namentlich der Dienstberechtigte von diesem Paragraphen den ausgiebigsten Gebrauch machen wird. (NB. ohne jedoch von seiner Verpflichtung aus § 617 frei zu werden.) Im Allgemeinen wird demnach der

[1]) In § 617 wird Krankheit als wichtiger Grund bezeichnet; Denkschrift zur Reichstagsvorlage. S. 75. Motive II zu § 566. S. 469.

Dienstverpflichtete, obwohl meist der wirtschaftlich Schwächere, in Zukunft in einer ungünstigeren Lage sich befinden, als es bisher der Fall war; hieran Kritik zu üben kann jedoch nicht die Aufgabe dieser Arbeit sein, es genügt, darauf als auf etwas Neues und dem römischen wie dem gemeinen Rechte Fremdes hingewiesen zu haben.

Litteratur-Verzeichnis.

1. Für das römische und gemeine Recht.

Adnet, Jean, le louage de services, thèse, Paris 1892.

Armirail, Louis, le locatio conductio operarum, thèse, Paris 1892.

Arndts, Pandekten.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, II. Aufl.

Bruns, fontes juris Romani antiqui (ed. tertia).

Burckhardt, zur Geschichte der locatio conductio. 1889.

Dankwardt, der Arbeitervertrag, in Iherings Jahrbuch für Dogm. XIV. S. 228 ff.

Dernburg, Pandekten, II. Auflage.

Fuchs, Carl, „Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen" — im Archiv für civilist. Praxis. B. 34.

Hachmeister, die Gefahrtragung bei Arbeitsmiete. Göttingen, Dissertation 1887.

v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, II. Auflage.

v. Ihering, Zweck im Recht I. I. Auflage.

Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. II.

Keller, Pandekten, II. Auflage.

Kierulff, Entscheidungen d. O. A. G. Lübeck 1866. II. S. 421.

Kohler, Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbuch für Dogmat. Band XVII. S. 64 ff. und S. 286 ff.

Löwenfeld, Inästimabilität und Honorierung d. operae liberales nach römischem Recht. (Festgabe für Planck) 1887.

Löwy, die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen, 1888.

Lubenoff, du louage de services en droit romain. thèse, 1889.

Mommsen, Fr., Beiträge zum Obligationenrecht. Band I. und III.
Mühlenbruch, Pandekten. IV. Auflage.
Pernice, Marcus Antistius Labeo, das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit.
Pernice, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Roman. Abteilung). Band IX. S. 242 ff.
Puchta, Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk. IX. Auflage.
Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts.
Reichsgericht, Entscheidungen des, Band II, III, XIV, XVIII, XXXI. (R. G.)
Rudorff, in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Eichhorn pp. Band X. S. 412 ff.
Seuffert's Archiv. Band VI, VIII, XI, XIX, XX, XXIX, XXXXVI. XXXXVII.
Sintenis, Civilrecht, II.
Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen. II. Band.
von Vangerow, Pandekten.
von Wächter, Pandekten.
Windscheid, Pandekten, II. VII. Auflage.
Windscheid, in der Kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, II. S. 136 ff.

---

2. Für das Bürgerliche Gesetzbuch.

Entwurf I, Entwurf II. (Teilentwürfe der II. Lesung pp.)
Entwurf III. (Reichstagsvorlage.)
Denkschrift zur Reichstagsvorlage.
Bericht der Reichstagskommission.
Bernhöft, Kauf, Miete und verwandte Verträge. (Bekker & Fischer, Beiträge, Heft XII.)
Bunsen, Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Erster Band. II. Abteilung.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Hachenburg, in den Gutachten des Anwaltstandes: Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden.

Jacobi, im Archiv für bürgerliches Recht. Band IV.

Krückmann, Institutionen d. B. G. 1897.

Lotmar, der Dienstvertrag des zweiten Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, im Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik. Band VIII. (1895) S. 1 ff.

Löwenfeld, über den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf eines B. G. 1896. (Gutachten des Anwaltstandes. S. 858 ff.).

Mataja, das Schadensersatzrecht im Entwurf eines B. G. Archiv für B. R. I. S. 276 ff.

Motive zum Entwurf eines B. G. Band II.

Ostermeyer, Blätter zum B. G. 1897.

Reatz, die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. für das deutsche Reich, unter Gegenüberstellung der ersten Lesung. 1894 ff.

Reinhardt, im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht. Band VII.

Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1897.

Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.